

DIE BEILADUNG

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
an der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

eingereicht von

Hans Minnig, Fürsprech

DIE BEILADUNG

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
an der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

eingereicht von

Hans Minnig, Fürsprech

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. Dezember 1949 auf Antrag von Dr. G. Roos, Privatdozent, als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literatur	7
Zeitschriften und Sammelbände	8
Abkürzungen	9
Vorwort	10

I. Kapitel: Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren Die Prozeßteilnehmer

I. Verfahren	11
II. Die Prozeßteilnehmer	15
A. Im Zivilprozeß	15
1. Die Hauptparteien	16
2. Die Nebenparteien	17
B. Im Verwaltungsprozeß	18

II. Kapitel: Die Beiladung in ausländischen Rechten

I. Die Beiladung im deutschen Recht	21
A. Die Streitgenossenschaft	21
B. Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren	22
1. Ursprung dieses Institutes und die gesetzlichen Bestimmungen	22
2. Der Zweck der Beiladung	25
3. Die Anfechtung der unterlassenen Beiladung und die Frage des Interesses	27
4. Bis wann kann eine Beiladung erfolgen?	30
5. Die Wirkungen der Beiladung, insbesondere die Stellung des Beigeladenen	32
6. Stehen dem Beigeladenen Rechtsmittel zu?	36
7. Die Wirkung der Entscheidungen für den Beigeladenen	37
8. Die notwendige Beiladung	38
9. Zusammenfassung	40
C. Die Beiladung im Zivilprozeß	41
II. Die Beiladung im französischen Recht	43
A. Die Beteiligung Dritter im Verwaltungsstreitverfahren	43
1. Allgemeines	43
2. Die Mitteilung des Rekurses an Dritte: Beiladung	44

	Seite
3. Die Intervention	44
4. Die tierce opposition	45
5. Die Kostenliquidation	47
B. Die Beiladung im Zivilprozeß	47
III. Die Beiladung im österreichischen Recht	48

III. Kapitel: Die Beiladung im bernischen Verwaltungsprozeß

I. Die Streitgenossenschaft	53
II. Die Beiladung	57
1. Zweck und Vorbild dieses Institutes	57
2. Die Voraussetzungen der Beiladung	60
3. Kann oder muß die urteilende Behörde beiladen?	64
4. Die Stellung des Beigeladenen	72
5. Die Wirkungen der Beiladung	77
6. Bis wann kann eine Beiladung erfolgen?	81
7. Die Kostenregelung	82
8. Die Legitimation zum Rekurs	84
9. Wird durch die Beiladung die Zuständigkeit verändert, und kann eine Beiladung allfällig von einer an sich örtlich unzuständigen Behörde angeordnet werden?	86
10. Zusammenfassung	92

IV. Kapitel: Die Beiladung im Bündner und Basler Verwaltungsrecht sowie in Bundesgesetzen

1. Allgemeines	95
2. Das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat im Kanton Graubünden	95
3. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Basel-Stadt	98
4. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	100
5. Das neue Gesetz über den Bundeszivilprozeß	102
6. Der Wehrsteuerbeschluß	104

L I T E R A T U R

- Bartels G.*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, Berlin 1907.
- Blumenstein E.*, Aufgaben und Voraussetzungen der Beiladung im bernischen Verwaltungsprozeßrecht, MBV Band 38 Seite 97 ff.
- Die Oficialmaxime und Prozeßfristen in der Verwaltungsrechtspflege, MBV Band 42 Seite 321 ff.
- Die Stellung des Beigeladenen in öffentlich-rechtlichen Forderungsstreitigkeiten, MBV Band 44 Seite 321 ff.
- Bohuslav-Janota*, Amtliche Sammlung der Erkenntnisse des tschechoslowakischen obersten Verwaltungsgerichts, Prag.
- Eccius*, Die Parteien im Verwaltungsstreitverfahren des preußischen Rechts in Hartmanns Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis 1877.
- Friedrichs K.*, Verwaltungsrechtspflege, Berlin 1920.
- Göschke R.*, Die Bernische Staatsverwaltung, Bern 1942.
- Herrnritt R.*, Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932.
- Jonas Martin*, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.
- Kamptz*, Die Rechtssprechung des königlich preußischen Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung, Berlin 1898.
- Ergänzungsbände.
- Kirchhofer E.*, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Basel 1930.
- Kramer Joh.*, Die fünf französischen Gesetzbücher, Krefeld 1843.
- Körner A.*, Der Parteibegriff des österreichischen AVG in Vierteljahreszeitschrift zur Prager Juristenzeitung III 1928.
- Kunze F.*, Das Verwaltungsstreitverfahren, Berlin 1908.
- Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, Verwaltungsarchiv I 1893 Seite 198 ff.
- Laferrière E.*, Traité de la Juridiction administrative et des recours Contentieux, deuxième édition, Paris-Nancy 1896.
- Leuch G.*, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Bern 1937.
- Matti H.*, Zivilprozeßrecht, Polygraphischer Verlag Zürich.
- Meyer G.* — *Anschütz G.*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München und Leipzig 1919.
- Meyer G.*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, bearbeitet von Franz Dohow, München und Leipzig 1913.
- Mohrmann G.*, Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Göttingen 1910.

- Müller O., Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht, Berlin 1895.
- Pache R., Le projet de cour administrative fédérale et le Contentieux administrative en France et en Allemagne, Diss. Lausanne 1927.
- Parey K. — Wiedemann A., Rechtsgrundsätze des königlich preußischen Ober-Verwaltungsgerichts (nicht veröffentlichte Entscheide) 1876—1887, Berlin 1888.
- Schneider G., Rechtsbuch der Schweiz.
- Schultzenstein M., Die Gültigkeit der Entscheidung gegenüber dem Beigeladenen nach dem Landesverwaltungs-gesetze, Verwaltungsarchiv XIX 1911.
- Schrupp E., Deutsche Staats-, Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, Diss. Gießen 1932.
- von Stengel K., Die Organisation der preuß. Verwaltung.
- von Stengel K. — Fleischmann M., Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Tübingen 1914.
- Tezner F., Das österreichische Administrativverfahren, Wien 1922.
- Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Leipzig und Wien 1924.
- Thomet W., Die Verbindung von Etat- mit Wohnsitzstreitigkeiten in MBV Band 45 S. 161 und 209 ff.
- Weise G., Die Beiladung im preußischen Verwaltungsprozeßrechte in Hirth Annalen des Deutschen Reiches, Band 37, Jahrgang 1904.

Zeitschriften und Sammelbände

- Annalen des Deutschen Reiches.
- Schweizerisches Bundesblatt.
- Bundesgerichtsentscheide.
- Oesterreichisches Landesgesetzblatt.
- Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
- Preußisches Verwaltungsblatt.
- Tagblatt des Großen Rates des Kantons Bern.
- Verwaltungsarchiv.

ABKÜRZUNGEN

A und NG	Gesetz über das Armen- und Niederlassungswesen.
AS	Amtliche Sammlung (Eidgenössische Gesetzessammlung).
AVG	Allgemeines Verwaltungsgesetz (österreichisches).
BB	Bundesblatt.
Bd	Band.
BG	Bundesgesetz.
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts.
BV	Bundesverfassung.
BZP	Bundeszivilprozeß.
EG z. ZGB	Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch.
JZ	Juristenzeitung.
LGBL	Landesgesetzblatt (österreichisches).
LVG	Landesverwaltungsgesetz (preußisches).
MBV	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
MBVR	
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege.
OR	Obligationenrecht.
OVG	Oberstes Verwaltungsgericht (tschechoslowakisches).
	Oberverwaltungsgericht (preußisches).
PrVBl	Preußisches Verwaltungsblatt.
Sp	Spalte.
VDG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (aufgehoben).
VGH	Verwaltungsgerichtshof (österreichischer).
VO	Verordnung.
VRPG	Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege (bern.).
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZPO	Zivilprozeßordnung.
WStB	Wehrsteuerbeschluß.

VORWORT

Das an sich wenig bekannte verwaltungsrechtliche Institut der Beiladung ist in Literatur und Praxis sehr umstritten. Der Verfasser hat in dieser Arbeit versucht, die verschiedenen, z. T. verworrenen Auffassungen kritisch zu beleuchten und gewisse Streitfragen abzuklären. In erster Linie ging es ihm darum, die Stellung des Beigeladenen im bernischen Verwaltungsprozeß festzulegen und zu untersuchen, ob die urteilende Behörde unter bestimmten Voraussetzungen eine Beiladung verfügen muß oder verweigern kann, sowie im weitern, ob durch einen an sich örtlich unzuständigen Richter eine solche angeordnet werden darf.

Es empfiehlt sich, zuerst eine kurze Darstellung und Vergleichung des Zivil- und des Verwaltungsprozesses im allgemeinen und der daran Beteiligten zu geben, um dann auf die ausländischen Rechte wie das deutsche, französische und österreichische zu sprechen zu kommen. Die in den französischen und österreichischen Rechten vertretenen Auffassungen werden nur gestreift, da es nicht Sache dieser Arbeit sein kann, sich eingehend mit dem fremden Rechte zu befassen. Dagegen wird dem deutschen, vor allem dem preußischen Rechte, mehr Beachtung geschenkt, da dieses mit dem bernischen viel Gemeinsames hat. Im letzten Kapitel wird schließlich festgestellt, wo dieses Institut im Bundesrecht, beziehungsweise in andern kantonalen Rechten, anzutreffen ist. Gerade hierbei kann die Beobachtung gemacht werden, daß eine Beiladung in einem mehrdeutigen Sinne angewendet wird, mit andern Worten oft von einer solchen gesprochen wird — so z. B. im BZP und WStB —, obschon es sich dort nicht um eine echte im Sinne des Verwaltungsrechts handelt.

I. Kapitel:

Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren

Die Prozeßteilnehmer

I. Verfahren

Die Verwaltungsgerichte sind nach der deutschen Theorie gerichtsähnliche Behörden innerhalb der Verwaltung, die, mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet, über Verwaltungsstreitigkeiten in einem dem Zivilprozeß nachgebildeten Verfahren entscheiden¹.

Während im Zivilprozeß in der Regel zwei Parteien mit entgegengesetzten Interessen am Verfahren teilnehmen, finden wir im Verwaltungsprozeß sehr häufig die Erscheinung, daß sich vor der urteilenden Behörde nur eine Partei aktiv betätigt.

Im Zivilprozeß unterscheiden wir eine streitige und eine nichtstreitige Gerichtsbarkeit. Bei ersterer werden streitige Privatrechtsansprüche durch den Richter beurteilt. Für dieses Verfahren gilt der Satz, daß zwei Parteien vor dem Richter erscheinen, d. h. ihn um Rechtsschutz angehen. Bei der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit hingegen wirken die staatlichen Organe — Gerichte oder andere Organe — bei der Entstehung, Fortentwicklung oder Endigung von Privatrechten nur mit².

Im Zivilprozeß wirken gemäß dem Grundsatz der Gewaltentrennung von der Verwaltung unabhängige Behörden. Dies gilt für den Verwaltungsstreit nur bedingt. Wir finden dort eigentliche Verwaltungsbehörden, die neben ihrer ordentlichen Verwaltungstätigkeit z. T. auch mit Aufgaben der -justiz betraut sind. Das Verwaltungsgericht, wie wir es sowohl beim Bund wie auch beim Staate Bern kennen, bietet selbstverständ-

¹ Meyer-Anschütz: Deutsches Staatsrecht, 7. Aufl. S. 778 ff.

Kirchhofer: Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht S. 5.

² Matti: Zivilprozeßrecht, S. 1032.

lich für eine unbeeinflusste Rechtsfindung die beste Gewähr. Daneben sind Regierungsrat und Regierungstatthalter Verwaltungsjustizbehörden, nebst anderen, hier nicht näher auszuführenden.

Wenn oben gesagt wurde, im Verwaltungsprozesse wirke sehr oft nur eine Partei mit, so denken wir hier z. B. an die Anfechtung von Wahlen, Beschlüssen oder Verfügungen von Gemeindeorganen auf dem Wege der Beschwerde gemäß Art. 63 Gemeindegesetz, an die Opposition der Betroffenen bei Nichtgewährung oder Entzug von Patenten, Bewilligungen usw., kurz an die Erlasse oder Verfügungen, die von der Verwaltung kraft ihrer Selbstherrlichkeit erlassen werden und in die Interessen eines bestimmten Individuums eingreifen, das sich dadurch in seinen Rechten verletzt fühlt, ohne daß auf der andern Seite ein Dritter davon zu profitieren braucht.

Der Zivilprozeß begnügt sich in der Regel mit der Erforschung der formellen Wahrheit. Der Richter stützt sich dabei auf die Parteibehauptungen und untersucht nicht, ob diese wahr sind oder nicht. In unserer bernischen Zivilprozeßordnung deutet beispielsweise auf dieses Prinzip die Tatsache, daß nur über bestrittene Behauptungen Beweis geführt wird. Was eine Partei zugesteht, gilt für den Richter als wahr — im Gegensatz zum Strafprozeß, der ein Geständnis des Angeschuldigten nicht als unumstößliche Wahrheit anerkennt, vielmehr den Richter heißt, dieses von Amtes wegen auf seine Glaubhaftigkeit zu prüfen. Wenn man sich mit der formellen Wahrheit im Zivilprozeß regelmäßig begnügt, so deshalb, weil es sich hier nicht um derartig einschneidende Maßnahmen wie im Strafprozeß handelt. Demzufolge kennt der Zivilprozeß die sogenannte Verhandlungsmaxime, d. h. die Parteien bestimmen den Prozeßstoff. Sie machen dem Richter gegenüber ihre Ansprüche geltend und geben ihm zugleich die nötigen Beweismittel zur Untermauerung ihrer behaupteten Rechte zur Hand. Es liegt somit nicht am Richter, die nötigen Beweismittel herbeizuschaffen. Noch andere Prinzipien fließen aus dieser Verhandlungsmaxime: Es kann niemand zu einem Prozesse gezwungen werden. Der Richter betätigt sich erst, wenn er von den Parteien, resp. von einer Partei, darum angegangen wird (*ne eat iudex ex officio*). Im weitern darf der Richter regelmäßig nicht über die Parteibeghären hinausgehen: *ne eat iudex ultra petita partium*. Das ist aber nicht nur so auszulegen, daß der Richter nicht mehr zusprechen kann, als die eine Partei verlangte, sondern er darf ihr auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannte, zubilligen. Ausnahmen sind nur in den vom Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fällen möglich. Der Richter kann z. B. statt auf Wandelung auf Minderung des Kaufpreises (Art. 205 OR), statt auf Scheidung auf Trennung der Ehe (Art. 146 ZGB) erkennen.

Den Gegensatz zur Verhandlungsmaxime bildet die Officialmaxime. Auch dieses Prinzip findet sich ausnahmsweise im Zivilprozeß vor, vornehmlich dann, wenn öffentliche Interessen im Spiele stehen: Eheungültigkeits-, Ehescheidungsprozeß, Bevormundung etc. Art. 158 ZGB stellt die Regelung des Verfahrens im Scheidungsprozeß nicht bedingungslos dem kantonalen Prozeßrecht anheim, sondern spricht gegenteils einige verbindliche Beweisregeln und Grundsätze aus. Ziffer 1 verpflichtet den Richter ausdrücklich, Tatsachen nur dann als erwiesen zu erachten, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat. Daneben sind Parteierklärungen irgendwelcher Art für den Richter unverbindlich. Es steht ihm in jeder Beziehung die freie Beweiswürdigung zu. Der Richter soll nötigenfalls Tatumstände, die ihm maßgebend erscheinen, von Amtes wegen untersuchen, auch wenn das diesbezügliche Prozeßrecht dies nicht ausdrücklich vorschreibt³.

Das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit dagegen verpflichtet den Richter, von Amtes wegen die Parteibehauptungen auf ihre Wahrheit zu prüfen. (Im Strafprozeß genügt die formelle Wahrheitsforschung nicht. Es gilt hier Official- und nicht Verhandlungsmaxime.)

Im Verwaltungsprozeß treffen wir ebenfalls die Officialmaxime und das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung an. Allerdings sind sie dort nicht immer so strikte ausgebildet wie im Strafprozeß. Aus der öffentlichrechtlichen Natur der Streitsachen erklärt sich, daß die Sammlung des tatsächlichen Prozeßstoffes dem Richter obliegen muß. Der Verwaltungsrichter soll aber nicht wie der Untersuchungsrichter in Strafsachen das gesamte Prozeßmaterial in amtlicher Tätigkeit herbeischaffen. Es soll seiner Würdigung überlassen sein, wie weit er auf die tatsächlichen Angaben des Entscheides oder der Parteien abstellen oder selbständig den Sachverhalt ermitteln will. Einen lückenhaften Tatbestand zu ergänzen oder ergänzen zu lassen, sei der Richter nicht gehalten. (Diese Ansichten vertritt Kirchhofer bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht⁴.)

Im bernischen Verwaltungsstreitverfahren gilt, was folgt: Unter dem Marginale «Officialmaxime» sieht Art. 18, al. 1 VRPG vor, daß die Leitung des Prozeßverfahrens in den Händen der urteilenden Behörde liege, die von Amtes wegen eine Untersuchung der dem Streitverhältnis zu Grunde liegenden Tatsachen anordnet, ohne dabei an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Daß ihr die Parteien selbstverständlich zur Erfüllung dieser Aufgabe an die Hand gehen müssen, damit sie sich die

³ Schneider: Rechtsbuch der Schweiz, S. 166, Anm. 1.

⁴ Kirchhofer: a. a. O. S. 45/46.

nötigen Urteilsgrundlagen beschaffen kann, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Die urteilende Behörde, resp. der urteilende Richter, gewinnt so z. B. die nötigen Anhaltspunkte aus den Prozeßschriften und den darin angeführten Beweismitteln. Es bedeutet für sie eine Pflicht, diese zu untersuchen⁵.

Alinea 2 gestattet den Parteien, ihre Anbringen sowie die angerufenen Beweismittel bis zur Fällung des Urteils jederzeit zu ergänzen. Es muß jedoch der Gegenpartei Gelegenheit geboten werden, sich dazu zu äußern. Mit diesem Ausschluß der *Eventualmaxime*⁶, den wir auch im bernischen Zivilprozeß kennen (den Parteien ist erlaubt, Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zu den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung zu ergänzen oder zu berichtigen — was eventuell diesbezüglich die Partei kostenpflichtig werden läßt [Art. 92 ZPO] — ausnahmsweise auch noch nach den Parteivorträgen [Art. 93 ZPO]), ist den Parteien im Verwaltungsprozeß die Möglichkeit der Korrektur geboten. Das Anbringen von Nova ist sogar noch in oberer Instanz zulässig. Doch würdigt die oberinstanzliche Behörde diese Nova nach freiem Ermessen⁷.

Wenn bei der obern Instanz für die Ueberprüfung der Nova das freie Ermessen ausdrücklich festgelegt wird, so will dies nicht besagen, daß nicht auch die erstinstanzliche Behörde die neuen Anbringen und Beweismittel nach freiem Ermessen beurteilt. Darin liegt gerade der Ausfluß der *Offizialmaxime*, daß der Richter in seiner Rechtsfindung durchaus frei sein soll und nicht ausschließlich auf die Angaben der Parteien abstellen darf. Der Richter entscheidet somit, ob die Ergänzungen erheblich sind. Eine unberechtigte Uebergang wäre eine Verletzung der für den Richter aus der *Offizialmaxime* fließenden Untersuchungspflicht und könnte wegen Verweigerung der Rechtshilfe gemäß Art. 45, al. 2 VRPG angefochten werden⁸.

⁵ Blumenstein: Die *Offizialmaxime* und Prozeßfristen in der Verwaltungspflege, MBVR 42, S. 321 ff.

⁶ «Diese dem kanonischen Prozeßrecht entstammende *Maxime* besagt im wesentlichen, daß alle prozessualen Anbringen nur in dem für sie bestimmten Prozeßabschnitt vorgebracht werden können.» Der Zweck ist eine Konzentration des Verfahrens. Die Partei hat zur Vermeidung der Verwirrung zugleich mit den Hauptanträgen die ihr eventualiter zur Verfügung stehenden Ansprüche oder Begehren anzubringen. Matti a. a. O. S. 1073.

⁷ Art. 34, al. 3 VRPG in der Fassung des Art. 225 des Gesetzes über die direkten Staats- und Gemeindesteuern vom 29. 10. 1944.

⁸ «Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß sich die aus der *Offizialmaxime* ergebende amtliche Untersuchungspflicht im erstinstanzlichen wie im oberinstanzlichen Prozeßverfahren in gleicher Weise äußert. Was der Richter hinsichtlich des von ihm zu beurteilenden Tatbestandes konstatiert oder anhand der

Für das Verfahren vor dem Bundesgericht gilt das gleiche. Bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde ist die Untersuchung des Gerichtes nicht auf die Aktenlage zur Zeit der vorinstanzlichen Beurteilung begrenzt. Das Bundesgericht befindet über Anträge auf Ergänzung der Tatbestandsermittlung und der Beweisführung nach *pfllichtgemäßem* Ermessen⁹. Je nach dem Ausfall dieser Prüfung steht es dem Gerichte somit frei, Nova zu berücksichtigen oder abzulehnen.

Blumenstein wirft die Frage auf, wie sich Art. 21 VRPG zum oben angeführten Grundsatz der *Offizialmaxime* verhalte, wenn bei Säumnis der einen Partei auf Grund der vorhandenen Akten und Beweismittel geurteilt werde. Der Richter hat, unbekümmert aus welcher Quelle er sein Wissen um den Tatbestand schöpfte, dieses anzuwenden. Wohl kann eine Partei eine versäumte Vorkehr nicht nachholen, doch ist es ihr unbenommen, dem Richter neue Tatsachen und Beweismittel zur Kenntnis zu bringen. Prozessual muß der Richter darauf nicht eintreten, jedoch allenfalls die daraus geschöpften Kenntnisse zur Abklärung des Tatbestandes *pfllichtgemäß* würdigen¹⁰. Wie bereits gesagt worden ist, kann dem Richter nicht zugemutet werden, von sich aus alle Tatsachen und Beweismittel zur richtigen Urteilsgrundlage herbeizuschaffen. Hierzu würden ihm nicht nur die Zeit, sondern auch oft die nötigen Anhaltspunkte fehlen.

II. Die Prozeßteilnehmer

A. IM ZIVILPROZESS

Je nach der Intensität, mit welcher sich ein Subjekt am Verfahren beteiligt, unterscheidet man Haupt- und Nebenparteien. Die Hauptparteien sind die eigentlichen Subjekte des Rechtsstreites, die sich in verschiedenen Rollen im Verfahren gegenüberstehen, während die Nebenparteien dritte, ursprünglich am Verfahren nicht beteiligte Personen darstellen, in deren Interessensphären die Streitsache, resp. der Ausgang derselben mittel- oder unmittelbar eingreift. Es muß ihnen deshalb die Möglichkeit

Parteien bringen konstatieren kann, muß er notwendigerweise von Amtes wegen berücksichtigen und nötigenfalls durch die entsprechenden Untersuchungsmaßnahmen feststellen. Wann und wie er zu dieser Kenntnis gelangt, spielt keine Rolle.» MBVR, S. 321 ff.

⁹ BGE 55 I 173.

¹⁰ Blumenstein: MBVR 42, S. 321 ff.

geboden werden, auf den Ausgang der Streitsache einen Einfluß ausüben zu können. Dies kann auf zwei Arten geschehen:

- a) Der bisher unbeteiligte Dritte nimmt aus eigener Initiative am Verfahren teil: Intervention oder
- b) er wird durch eine Hauptpartei zur Teilnahme aufgefordert: Streitverkündung¹¹.

1. Die Hauptparteien

Was wir unter einer Partei zu verstehen haben, darüber gibt uns Herrnrith Auskunft. Er definiert sie wie folgt:

«Der Begriff der Partei im weitesten Sinne ergibt sich aus dem Gegensatz zu der mit der Rechtsverwirklichung betrauten Behörde, als jener Person, für welche oder gegen welche die Rechtsverwirklichung stattfindet. Unter Partei im engeren Sinne wird dagegen derjenige verstanden, der gegen eine ihm grundsätzlich im Verfahren gleichgestellte Person einen Rechtsanspruch durchzusetzen strebt, oder gegen den der Rechtsanspruch durchgesetzt werden soll¹².»

Damit sie sich an einem Streite beteiligen kann, muß die Partei zwei Eigenschaften aufweisen: sie muß partei- und prozeßfähig sein.

Das materielle Recht sagt uns, wem die Parteifähigkeit zukommt. Grundsätzlich ist nach dem ZGB jedermann rechtsfähig (Art. 11 ZGB). Wer nach der Privatrechtsordnung Träger von Rechten und Pflichten ist, muß notwendigerweise die Fähigkeit haben, diese Rechte und Pflichten in einem allfälligen Zivilprozeß vertreten zu können. Demzufolge erkennt Matti einen materiellen Parteibegriff, aus der Privatrechtsordnung fließend, und einen formellen Parteibegriff (dem Prozeßrechte angehörend)¹³.

Für den Begriff der Prozeßfähigkeit — die Fähigkeit, in einem Prozesse rechtswirksam handeln zu können — verweist die bernische Zivilprozeßordnung in Art. 35 auf das Zivilrecht. Wer nach diesem handlungsfähig ist, kann seine Rechte als Partei selbständig vor Gericht verfolgen und verteidigen.

Der Richter hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Parteien partei- resp. prozeßfähig sind. Fehlt es an einen oder andern, so hat er die Klage ohne Prüfung der Begründetheit zurückzuweisen.

Auch wenn Partei- und Prozeßfähigkeit bejaht werden müssen, will dies noch nicht heißen, daß der Betreffende in einem bestimmten Ver-

¹¹ Vgl. dazu Matti a. a. O. S. 1060 ff.

¹² Herrnrith: Das Verwaltungsverfahren, S. 51.

¹³ Matti a. a. O. S. 1061.

fahren als Kläger resp. als Beklagter auftreten kann. Dazu bedarf es noch der Aktiv- (Passivlegitimation), die ihn erst berechtigt, im konkreten Falle aktiv oder passiv mitzuwirken. Erst dadurch wird er in concreto Partei. Ausnahmen davon, daß eine Partei trotzdem noch nicht im Prozesse handelnd auftreten kann — ihr das sog. Prozeßführungsrecht entzogen ist —, sind beispielsweise der Konkurs des Schuldners, dem damit die Verfügungsgewalt über sein Vermögen und auch die Möglichkeit entzogen wird, darum zu prozedieren, und der Streit mit einem Gläubiger oder Schuldner der Ehefrau um das eingebrachte Frauengut. Im letzteren Falle ist der Ehemann zur Prozeßführung legitimiert.

Es braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden, daß auf der einen oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Personen mitwirken kann. Unter den in den Art. 36/37 ZPO angeführten Voraussetzungen bilden diese mehreren Personen eine Streitgenossenschaft¹⁴.

2. Die Nebenparteien

Die Mitwirkung dritter Personen an einem Verfahren kann verschieden intensiv ausgestaltet sein. Natürlich kann sich nicht jeder Beliebige in ein Verfahren einmischen. Er muß vielmehr durch den Ausgang einer Streit-sache berührt werden, d. h. der Entscheid muß seine Interessen — und zwar in rechtlicher Hinsicht — berühren¹⁵. Der Dritte kann auch erst in einen bereits hängigen Rechtsstreit eintreten. Damit wird selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß er allfällig schon vorher für eine Partei tätig ist, sei es als Berater, sei es, daß er ihr Beweismittel verschafft. Es entsteht hier regelmäßig noch keine «Prozeßgemeinschaft», resp. noch kein Verhältnis, das von prozessualer und rechtlicher Bedeutung ist.

Der Mitwirkung des Dritten im Prozesse geht oft die sog. Streitverkündung voraus. Diese stellt die Mitteilung einer Partei an den Dritten unter vorläufiger Angabe der Gründe dar, worin er z. B. aufmerksam gemacht wird, daß man auf ihn Regreß ausüben werde. Es steht hierauf dem Denunziaten — demjenigen, dem der Streit verkündet wird — frei, zu reagieren oder sich passiv zu verhalten. Will er sich beteiligen, so kann er dem Streitverkünder bloß Angriffs- oder Verteidigungsmittel zur Verfügung stellen. Er kann sich aber auch intensiver betätigen, indem er durch eine Erklärung an den Richter und die Parteien unter Angabe des Grundes und der Bezeichnung der Parteiseite, für welche er tätig zu sein gedenkt, dem Streite beitrifft, interveniert. Ja, es besteht für ihn sogar die Möglich-

¹⁴ Vgl. dazu III. Kapitel, I.

¹⁵ Art. 44 ZPO.

keit, an Stelle des Denunzianten, als dessen Stellvertreter, die Prozeßführung zu übernehmen. Partei wird er aber erst, wenn die beiden Hauptparteien sich damit einverstanden erklären, daß er an Stelle des Denunzianten als Partei in den Prozeß eintritt. In den zwei erstern Fällen wird der Intervenient nicht Partei, und seine Handlungen sind nur insoweit für die Hauptpartei rechtlich wirksam, als sie nicht mit deren eigenen in Widerspruch stehen.

Als bloße Ordnungsvorschrift sieht Art. 46, al. 2 ZPO vor, daß dem Intervenienten hinfort von den den Rechtsstreit betreffenden Verfügungen Mitteilung zu machen ist.

Partei wird der streitgenössische Intervenient. Diese Stellung kommt dem Intervenienten dann zu, wenn das Urteil im Prozesse auch in Bezug auf sein Rechtsverhältnis zum Gegner der Hauptpartei *unmittelbar* rechtlich wirksam wird (Art. 47 ZPO).

Die sog. Hauptintervention kennt der bernische Zivilprozeß nicht. Wenn hier nun ein Dritter ein den Prozeßparteien gegensätzliches rechtliches Interesse am Ausgang des Streites hat, wird abgewartet, bis er die Hauptpartei ins Recht faßt. Derjenige Prozeß wird dann fortgeführt, dessen Ausgang den andern präjudiziert, während der andere eingestellt wird.

Der alte Bundeszivilprozeß kannte das Institut der Hauptintervention, indem er dem Dritten freistellte, ebenfalls Klage zu erheben¹⁶. Daneben führte er gleich wie die bernische ZPO Streitverkündung und (Neben-)intervention an. Der neue Bundeszivilprozeß hingegen spricht nur noch von Intervention und Streitverkündung (Gesetz vom 4. 12. 1947 Art. 15 und 16). Er kennt auch die Beiladung, wovon im IV. Kapitel noch die Rede sein wird.

B. IM VERWALTUNGSPROZESS

Hinsichtlich der Prozeßfähigkeit gelten die Regeln der ZPO (Art. 24 VRPG)¹⁷. Auch in Bezug auf die Streitgenossenschaft wird auf die Zivilprozeßordnung hingewiesen (vgl. III. Kapitel). Eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenparteien wie in der ZPO ist dem bernischen Verwaltungsrechtspflegegesetz unbekannt.

Ohne hier bereits die Frage näher zu erörtern, ob die Dritten, die an einem Verwaltungsstreite teilnehmen können, als Parteien anzusehen

¹⁶ BZP vom 22. 11. 1850, Art. 17—19.

¹⁷ Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege vom 31. 10. 1909.

sind, sei doch auf die Verschiedenheit beider Gesetze — ZPO und VRPG — in der Betitelung und Einteilung hingewiesen.

Die ZPO benennt den Titel III mit «Parteien», Art. 35 ff. Titel IV heißt hingegen «Intervention und Streitverkündung», Art. 44—51.

Anders das VRPG. Im Abschnitt B DAS VERFAHREN wird Titel II «Die Parteien» überschrieben. Die beiden Artikel 24 und 25 führen die Marginale «Prozeßfähigkeit und Vertretung» resp. «Teilnahme Dritter am Verfahren». Aus dieser Einteilung sollte man eigentlich schließen müssen, daß diese Dritten — und zwar handelt es sich um die Streitgenossen und Beigeladenen — im Verfahren als Parteien anzusehen sind. Diese Frage wird weiter unten eingehend geprüft werden.

Es hat sich die Streitfrage erhoben, ob eine Behörde, deren Verfügung angefochten wird, als Prozeßpartei zu gelten habe. Blumenstein verneint dies, mit der Begründung, es gehe dieser jegliches materielle Interesse ab. Anderer Ansicht ist Kirchhofer. Bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei einmal der Beschwerdeführer Partei. Es sei möglich, daß der angefochtene Entscheid die Rechte und Interessen verschiedener Personen in entgegengesetzter Weise berühre. Dann richte sich die Beschwerde des einen Beteiligten gegen den oder die andern, z. B. bei der Unterstellung unter das Fabrikgesetz, unter die Suval usw. (Es ist dies der typische Fall des zivilprozessualen Zweiparteienverfahrens.) In der Regel handle es sich jedoch nicht um Auseinandersetzungen zwischen gleichgeordneten Sonderinteressen, sondern zwischen dem Sonderinteresse und dem Gemeinwesen, d. h. zwischen dem Einzelnen, der den Entscheid als seine Rechte verletzend anfecht, und der öffentlichen Gewalt. Die Behörde, die den Entscheid erlassen habe und ihn nun gegen die Angriffe verteidige, stehe ihm gegenüber. Die Verwaltungsbehörde, deren Entscheid in Frage stehe, trete als beklagte Partei in das Prozeßverhältnis ein¹⁸. Das Gesetz setze nämlich voraus, daß man es mit mehreren Parteien zu tun habe, mindestens jedenfalls mit zweien. Er verweist dabei auf die Art. 15 und 16 VDG — jetzt Art. 17, al. 1 und 109 OG —, wo expressis verbis von den Parteien gesprochen werde. Die Verwaltungsbehörde, deren Entscheid angegriffen werde, sei Partei im prozessualen Sinne, soweit sie öffentliche Interessen gegenüber den privaten Interessen des Rekurrenten vertrete. Sie könne Anträge in der Sache oder in Bezug auf das Verfahren stellen — die Beschwerdeantwort besitze nicht nur informatorischen Charakter —, und das Urteil binde sie als Partei. Es können ihr auch Kosten auferlegt werden¹⁹.

¹⁸ Kirchhofer a. a. O. S. 28/29.

¹⁹ Kirchhofer a. a. O. S. 30.

Ich glaube, daß diese Frage nicht generell beantwortet werden kann. Beide Auffassungen lassen sich begründen. Auf den ersten Blick scheint es einem unfäßbar, daß die beklagte Behörde Partei sein soll, versteht man doch darunter eine gewisse Gleichstellung, die sich aus der Gegenüberstellung von Individuum und Gemeinwesen nur schwer herauslesen läßt. Die Stellung der Behörde ist meiner Ansicht nach aus den diesbezüglichen Gesetzen abzuleiten. Es muß dabei auf die Intensität des Interesses der Behörde am Ausgang des Streites und der Beteiligung abgestellt werden. Verfehlt wäre es, der Behörde nur die Rechte einer Partei zuzubilligen, ohne sie aber Verpflichtungen treffen zu lassen. Sicher kann von einer Parteieigenschaft der Behörde dann nicht gesprochen werden, wenn sie am Verfahren nur durch Abgabe einer informatorischen Vernehmung teilnimmt. Sobald ihr aber ein direktes Interesse am Ausgang des Streites zukommt, und sie sich dementsprechend beteiligt, wird sie Partei. Dies gilt jedenfalls für das Verfahren bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach OG. Falsch wäre es hingegen, allein aus der Tatsache, daß der Behörde Kosten auferlegt werden können, auf den Parteicharakter zu schließen. Die Erscheinung der Kostenaufelage finden wir auch im Strafprozeß, d. h. im bernischen Strafverfahren, wo bei der Aufhebung des Verfahrens oder beim Freispruch des Angeschuldigten beispielsweise dem Anzeiger unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten ganz oder Teile derselben überbunden werden können, ohne daß dabei eine Partei im strafprozessualen Sinne gegeben ist.

Um wieder zum bernischen Verwaltungsprozeß zurückzukehren, sei hier noch kurz auf die Teilnahme Dritter am Verfahren im Sinne des Art. 25 VRPG hingewiesen. Die Streitgenossenschaft wird — wie gesagt — zugelassen. Dagegen ist die Intervention dritter Personen, wie wir sie im Zivilprozeß angetroffen haben, im Verwaltungsstreite ausgeschlossen. Hingegen läßt Art. 25, al. 2 des Gesetzes Dritte unter bestimmten Voraussetzungen am Verfahren als sog. Beigeladene teilnehmen. Ueber die Bedeutung der Beiladung wird weiter unten gesprochen. Es soll vorerst noch untersucht werden, wie es mit der Beteiligung Dritter in ausländischen Rechten bestellt ist, und wo dieses Institut bekannt ist.

II. Kapitel:

Die Beiladung in ausländischen Rechten

I. Die Beiladung im deutschen Recht

A. DIE STREITGENOSSENSCHAFT

Gleich wie der bernische Verwaltungsprozeß bezüglich der Streitgenossenschaft auf die bernische Zivilprozeßordnung verweist, so heißt es auch im preußischen Verwaltungsstreitverfahren im allgemeinen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung anzuwenden¹. Sämtliche Arten der Streitgenossenschaft kommen im Verwaltungsstreitverfahren vor. Dem Richter sei es jedoch anheimgestellt, eine Streitgenossenschaft in concreto zuzulassen, resp. mehrere Streitigkeiten derselben Partei wieder zu lösen. Letztere Befugnis steht logischerweise dem Richter dann nicht zu, wenn es sich um eine notwendige Streitgenossenschaft handelt. Von einer notwendigen Streitgenossenschaft spricht man, wenn mehrere Personen entweder gemeinsam ins Recht gefaßt werden, resp. klagen müssen, damit die Klage erfolgreich sein kann. Kunze zählt als Beispiele für eine derartige notwendige Streitgenossenschaft auf: die Streitigkeit über die jagdrechtliche Stellung einer Grundfläche als Waldenklave, die sich zwischen dem Jagdvorstand, dem Waldbesitzer und dem Eigentümer der Grundfläche abspielen muß; beim Streit über das von mehreren Eigentümern eines Grundstückes behauptete Recht, auf diesem ein und dieselbe gewerbliche Anlage in Betrieb zu erhalten; ferner, wenn mehrere Personen eine öffentlichrechtliche Verpflichtung zu erfüllen haben, und die Quote der Verpflichtung nicht feststeht. In diesen Fällen liegt ein unteilbares Rechtsverhältnis vor.

Wenn die Behauptungen der Streitgenossen auseinandergehen, so kann

¹ Vgl. dazu Kunze: Das Verwaltungsstreitverfahren S. 49 ff.

der Richter nicht ohne weiteres annehmen, eine von einem Streitgenossen zugestandene Tatsache sei auch von den übrigen zugestanden. Da sich der Verwaltungsprozeß nicht mit der formellen Wahrheit begnügt, sondern die materielle Wahrheit erforschen will, hat der Richter nach freier Ueberzeugung darüber zu entscheiden, was wahr und was unwahr ist.

Die notwendigen Streitgenossen sind zu allen Terminen zu laden. Die Schriftsätze der Gegner müssen ihnen mitgeteilt werden. In der Regel wird jedoch eine ergangene Entscheidung nur einem Streitgenossen zugestellt. Die Anschlußberufung des Gegners wirkt gegen alle Streitgenossen, auch gegen denjenigen, der Berufung eingelegt hat, diese aber vor der Anschlußberufung zurücknahm. Ein Streitgenosse, der die Berufung zurückgenommen hat, bleibt dennoch Berufungskläger.

B. DIE BEILADUNG IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

1. Der Ursprung dieses Institutes und die gesetzlichen Bestimmungen

Woher dieses Institut ins deutsche Recht, namentlich in die verschiedenen Verwaltungsprozeßgesetze gelangt ist, bleibt recht unklar. Als sicher gilt lediglich, daß die Beiladung als eigenartiges Rechtsinstitut des Verwaltungsstreitverfahrens nicht aus Zivilprozeßgesetzen übernommen wurde².

Müller glaubt auf der Suche nach historischen Reminiszenzen das kanonische Recht als Ausgangspunkt der Beiladung, welches die richterliche Zitation als ein Mittel gekannt habe, das Urteil in jedem Falle gegen jeden Drittpretendenten wirksam zu machen. Die in der Folge hauptsächlich zu behandelnde Bestimmung des § 70 im preußischen Landesverwaltungs-gesetz entstammt unmittelbar dem badischen Recht³.

Es soll im folgenden festgehalten werden, welche deutschen Staaten eine Beiladung in ihre Verwaltungsstreitverfahren aufgenommen haben.

Baden hat als erster deutscher Staat eine Verwaltungsrechtspflege eingeführt. Die Bestimmung des Art. 48, al. 2 der Verordnung vom 12. Juli 1864 zum Vollzuge des Gesetzes vom 5. Oktober 1863 lautete:

«Die Beiladung solcher Beteiligten, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, findet von Amts wegen statt. In diesem Falle gilt die Entscheidung auch gegenüber den Beigeladenen.»

² Kunze: Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, Verwaltungsarchiv 1, S. 198 ff.

³ Müller: Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preuß. Recht, S. 124.

Die preußische Kreisverordnung vom 13. Dezember 1872 hat in § 149, al. 3 diese Bestimmung des badischen Rechtes wörtlich übernommen. Ueber das preußische Verwaltungsgerichtsgesetz vom 3. Juli 1875 gelangte die Beiladung in das LVG vom 30. Juli 1883, dessen § 70 nunmehr lautet:

«Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, verfügen. Die Entscheidung ist in diesem Falle auch dem Beigeladenen gegenüber gültig.»

Im badischen Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1884 findet sich nun der § 21:

«Der Vorsitzende oder das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, verfügen. Die Beiladung erfolgt durch Ladung zur mündlichen Verhandlung unter Benachrichtigung über den Grund der Beiladung und die Lage des Rechtsstreits. Die Entscheidung ist in diesem Falle auch dem Beigeladenen gegenüber gültig.»

Art. 65, Abs. 3 des großherzoglich hessischen Gesetzes betreffend die innere Verwaltung und die Vertretung der Kreise und Provinzen vom 12. Juli 1874 lautet gleich wie § 149, al. 3 der preußischen Kreisverordnung vom 13. Dezember 1872.

§ 37 des anhaltischen Gesetzes vom 27. März 1888 und § 25 des lippischen Gesetzes vom 9. Februar 1898 über die Verwaltungsgerichte und die Verwaltungsstreitverfahren sind gleich abgefaßt wie § 70 des LVG, mit der kleinen Abänderung, daß das lippische Gesetz vor «verfügen» noch «unter Mitteilung der Klage» eingeschaltet hat.

§ 23 des Gesetzes von Braunschweig betreffend die Verwaltungsrechtspflege vom 5. März 1895 besagt:

«Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren rechtliches Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, verfügen. Die Entscheidung ist in diesem Falle auch dem Beigeladenen gegenüber gültig. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über schriftliche und mündliche Erklärungen der Parteien finden auf die Beigeladenen entsprechende Anwendung.»

§ 23 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes für die Herzogtümer Koburg und Gotha vom 14. 11. 1899 ist gleich abgefaßt wie § 23 des braunschweigischen Gesetzes. Es heißt lediglich statt «gültig» «wirksam».

Im württembergischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876 lautet Art. 64, al. 2:

«Der Verwaltungsgerichtshof kann auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, verfügen.»

Andere Gesetze, wie z. B. das bayrische, kennen die Beiladung nicht. Dafür gehen in andern Staaten die Bestimmungen weiter als § 70 des LVG.

So führt Art. 39 des sachsen-meiningischen Gesetzes vom 15. März 1897 an:

«Der Vorsitzende des Gerichts und sofern dies nicht bereits von diesem geschehen, das Gericht, kann auf Antrag oder von Amts wegen verfügen, daß ein Dritter, welcher an der Sache beteiligt erscheint, zur mündlichen Verhandlung beigeladen werde.

Die auf erfolgte Beiladung ergehende Entscheidung wird auch für den Dritten gültig, der Berufung fähig und ergeblich rechtskräftig, wenn in der Beiladung hierauf hingewiesen war.»

Daß der Beigeladene Prozeßpartei wird, erklären § 45 des königlich sächsischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 und § 72 des Gesetzes für das Großherzogtum Oldenburg betreffend die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. Mai 1906:

§ 45: «Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen Dritte, deren Interesse durch das Urteil berührt wird, zur mündlichen Verhandlung beiladen. Hierbei ist ihnen der Grund der Beiladung und der Stand der Sache mitzuteilen.

Durch die Beiladung werden sie Partei.

Sowohl gegen die Beiladung wie gegen die Verwerfung des Antrags auf Beiladung ist Beschwerde zulässig⁴.»

§ 72: «Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren rechtliches Interesse durch das Urteil berührt wird, verfügen. Durch die Beiladung werden sie Partei.

Die Beiladung kann auch noch nach einer mündlichen Verhandlung, die nicht zum Erlasse des Urteils geführt hat, stattfinden.

Sowohl gegen die Beiladung wie gegen die Verwerfung des Antrags auf Beiladung ist innerhalb zwei Wochen Beschwerde an das Obergericht zulässig.»

Schließlich kann das Reichsversicherungsamt gemäß den §§ 82 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes, 88 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft, 37 des Bauunfallversicherungsgesetzes und

⁴ Durch die Beiladung werden diese Dritten Partei und von dem Urteil mitgebunden (von Stengel: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, III. Band, S. 770).

86 des Seeunfallversicherungsgesetzes eine andere Berufsgenossenschaft zur Verhandlung beiladen, die nach seiner Ansicht an Stelle der im Verfahren in Anspruch genommenen als entschädigungspflichtig in Frage kommt. Es kann diese beigeladene Berufsgenossenschaft, welche Parteilstellung erlangt, gegebenenfalls zur Entschädigung verurteilen⁵.

2. Der Zweck der Beiladung

Streitverkündung und Intervention sind im Verwaltungsstreitverfahren ausgeschlossen. Es hat dafür das Institut der Beiladung geschaffen.

Die Verwaltungsgerichte sollen bei ihren Erkenntnissen regelmäßig nicht über den zur Entscheidung vor sie gebrachten Gegenstand und nicht über den Kreis der in den Verhandlungen vertretenen Parteien hinausgehen. Es gilt der Grundsatz: *res iudicata ius non facit nisi inter partes*. Ausnahmen von dieser Regel sind die rechtsgestaltenden Urteile und Entscheide, die ein allgemeines verwaltungsrechtliches Verhältnis beurteilen: *res iudicata facit ius inter omnes*. Als weitere Ausnahme gilt im Falle der Beiladung der Satz: *res iudicata ius non facit nisi inter partes et «adcitatos»*⁶.

In den Fällen, in welchen eine Entscheidung über die Parteien hinausgehen und gegenüber Dritten ihre Wirkungen ausüben könnte, sollen jene Personen zur Wahrung ihrer Interessen beigeladen werden. Ohne eine solche Beiladung bleibt die Wirkung dritten Personen gegenüber aus⁷.

Nach Schultzenstein wird von den einen der Zweck der Beiladung darin gesehen, dem Beigeladenen zur Wahrung seiner Interessen Gelegenheit zu geben, von andern darin, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien abzuklären. Er zitiert dann die Meinungen Friedrichs und Mohrmanns, die in der Beiladung den eben angeführten doppelten Zweck, eine Kombination, erblicken. Schultzenstein hält noch einen weiteren wichtigen Zweck, nämlich den, die Ausschließung von späteren Anführungen (in tatbeständlicher Hinsicht) des Beigeladenen herbeizuführen, als gegeben⁸.

Von Stengel ist der Ansicht, die Beiladung bezwecke, zu verhüten, daß über ein und dasselbe Rechtsverhältnis, an welchem mehrere Personen als Berechtigte oder Verpflichtete beteiligt sind, eine Mehrheit von Prozessen geführt wird. Zur Verhütung von möglicherweise entstehenden

⁵ Schultzenstein: Zur Beiladung, Verwaltungsarchiv XIX, S. 4 ff.

Weise: Die Beiladung im preußischen Verwaltungsprozeßrechte, S. 457.

Müller a. a. O. S. 124 ff.

⁶ Weise a. a. O. S. 472/473.

⁷ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 54.

⁸ Schultzenstein a. a. O. S. 21 und 32.

Prozessen, also im Interesse der Vereinfachung der Rechtssprechung, d. h. in erster Linie für die Gerichte, diene die Beiladung. Mit Mohrmann, der darin nicht den Hauptzweck der Beiladung sieht und es ablehnt, daß sie vornehmlich den Gerichten dienen soll, kann einig gegangen werden⁹.

Kunze hält die Beiladung für ein Rechtsinstitut, durch welches im Interesse der Verringerung der Prozesse und zur Vermeidung sich widersprechender Erkenntnisse die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dahin erweitert werde, daß die Entscheidungen gegenüber dem Beigeladenen ebenfalls gültig sind¹⁰. Dieser Ansicht ist beizupflichten.

Für Eccius treten die Beigeladenen in den Prozeß nur zur Wahrnehmung ihres durch die Entscheidung unter den Hauptparteien, die allein in lite bleiben, berührten Interesses als Nebenparteien ein¹¹.

Kunze ist der Meinung, daß eine Beiladung dann nicht nötig sei, wenn ein Entscheid eo ipso für oder gegen alle wirke. Anderer, nicht ganz begreiflicher Ansicht sind Weise und insbesondere Schultzenstein, der dafür hält, daß sogar in solchen Fällen viel Veranlassung zu einer Beiladung bestehe. Er führt an, es gebe Fälle, in denen sich die Entscheidung nicht nur auf die Parteien, sondern auch auf bestimmte Dritte analog wie im Zivilprozeß beziehe. Ein immerhin einleuchtendes Argument — solche Fälle dürften jedoch sehr selten sein — ist, daß vor der Entscheidung nicht übersehen werden könne, d. h. im Zeitpunkt der Vornahme der Beiladung nicht feststehe, ob der Entscheid inter omnes Wirkungen zeitigen werde¹². Solches kann ja möglich sein, doch ist die Auffassung Kunzes dahin zu interpretieren, daß eine Beiladung nicht nötig ist, wenn zum *vornherein* feststeht, daß die Entscheidung inter omnes wirken wird.

Die Beiladung ist ein Mittelding zwischen Streitverkündung und Intervention. Wie sich aus dem Wortlaut des § 70 ergibt¹³, kann sie nur durch das Gericht erfolgen und zwar auf Antrag oder von Amtes wegen. Von wem der Antrag ausgehen muß, sagt diese Bestimmung nicht. In der Regel wird dieser von einer der im Streit befangenen Parteien ausgehen, die ihre Verpflichtungen abzuwälzen wünscht und deshalb den Dritten namhaft macht. Nach der Fassung der Bestimmung ist aber auch ein An-

⁹ von Stengel: Die Organisation der preußischen Verwaltung, § 66, S. 507.

¹⁰ Kunze: Verwaltungsarchiv I S. 207/208.

¹¹ Eccius: Die Parteien im Verwaltungsstreitverfahren des preuß. Rechts S. 246.
Mohrmann: Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, S. 29.

¹² Schultzenstein a. a. O. S. 13 ff.

¹³ Art. 25, al. 2 VRPG hat § 70 fast wörtlich übernommen und ihm lediglich weitere Bestimmungen bezüglich Gültigkeit der Entscheidung bei Nichtteilnahme und Kostenpflicht beigelegt. Es wird demzufolge in erster Linie § 70 LVG behandelt werden.

trag von demjenigen, der beigeladen zu werden wünscht, oder von einem schon Beigeladenen durchaus möglich. Im ersteren Falle haben wir damit eine Anlehnung an die Streitverkündung, im letzteren an die Intervention. Daß ein am Verfahren nicht Beteiligter kein Antragsrecht hat, ist zweifellos. Mangels besonderer Vorschriften ist der Antrag formlos. Ueber diesen wird ebenfalls formlos, insbesondere ohne notwendige vorherige mündliche Verhandlung entschieden¹⁴.

3. Die Anfechtung der unterlassenen Beiladung und die Frage des Interesses

Die Beiladung erfolgt durch das Gericht. Es kann sie verfügen, sobald das Interesse des Dritten durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird. Die Beiladung hängt somit trotz dem Antragsrecht der Parteien, resp. der Dritten, vom Ermessen des Gerichtes ab. Der Antrag stellt lediglich ein Aufmerksammachen oder eine Einladung (Gesuch) an das Gericht dar, einen Dritten ins Verfahren einzubeziehen. In gewissen Fällen ist die Beiladung eine notwendige und hat von Amtes wegen zu erfolgen, ohne Dazutun der Parteien oder des Dritten¹⁵.

Gegen die Ablehnung des Antrages auf freiwillige Beiladung ist gemäß § 110 LVG die Beschwerde an die zunächst höhere Instanz möglich, die endgültig entscheidet¹⁶.

Die Beiladung selbst unterliegt keiner Anfechtung. War sie überflüssig, so bleibt sie einfach wirkungslos. Es entstehe regelmäßig kein sonderlicher Schaden — abgesehen von der Möglichkeit der Verzögerung des Prozeßausganges oder der durch Beiladung ermöglichten Beseitigung eines allfällig unbequemen Zeugen —, wenn eine Beiladung verfügt worden sei, weil angenommen wurde, sie werde die in § 70 bezeichnete Wirkung haben, und diese Annahme dann nicht zutreffe¹⁷.

Nach den in der Praxis herrschenden Ansichten liegt es im freien Ermessen der Behörde, darüber zu entscheiden, ob eine Beiladung erfolgen soll oder nicht. Daß die Behörde dabei ein pflichtgemäßes Interesse trifft, ist unbestritten. Das «kann» beiladen unterscheidet sich vom «muß» lediglich in der Art der Anfechtung der vorgenommenen oder unterlassenen Beiladung¹⁸. Nach der älteren Praxis bestand gegen eine zu Unrecht er-

¹⁴ Weise a. a. O. S. 458/459.

¹⁵ Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege S. 618.

¹⁶ Kunze: Verwaltungsrechtspflege S. 54.

Kamptz: Die Rechtssprechung des königlich preußischen Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung S. 1252. Ukas vom 14. Mai 1879 V 60 (64).

¹⁷ Schultzenstein a. a. O. S. 469.

¹⁸ Weise a. a. O. S. 469.

folgte — oder abgelehnte — Beiladung kein Revisionsgrund, da die Parteien keinen Rechtsanspruch auf Beiladung hätten¹⁹. Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens wurde nur dann angenommen, wenn eine notwendige Beiladung unterlassen wurde.

Mohrmann hat die Praxisänderung des Oberverwaltungsgerichts begrüßt. In späteren Entscheiden, so am 18. Mai 1900, hat das OVG klar ausgesprochen, das bisherige Verfahren leide an einem wesentlichen Mangel, da unterlassen worden sei, die Gewählten gemäß § 70 beizuladen. Das Gericht hat lediglich wegen Unterlassung der Beiladung auch schon an die Instanz zurückgewiesen. Der Zweck der Beiladung sei nicht der, die Verfügung derselben der Willkür des Gerichtes anheim zu stellen. Da durch den Gesetzgeber kein gesetzlicher Anspruch statuiert worden sei, mußten die Interessen der Dritten, deren Wahrnehmung die Beiladung bezwecke, einen andern gesetzlichen Schutz finden. Dieser werde dadurch gewährt, daß die erforderliche, aber pflichtwidrig unterlassene Beiladung als ein wesentlicher Mangel des Verfahrens angesehen werden müsse, dessen Vorliegen in der Regel zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führe²⁰.

Wie das Interesse des allfällig Beizuladenden ausgestaltet sein muß, sagt § 70 LVG nicht. Es herrschen demzufolge unter den Interpreten divergierende Ansichten.

Die deutsche Zivilprozeßordnung spricht beim Nebenintervenienten von einem rechtlichen Interesse. Dasselbe gilt ebenfalls für die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren. Trotz der Differenz des Wortlautes in der ZPO und im LVG genügt aber nicht jegliches Interesse wie Liebhaberei, freundschaftliche Beziehungen usw. Vielmehr müssen auch hier die Rechtsverhältnisse des Beigeladenen zu den Parteien oder zu einem Dritten mittel- oder unmittelbar durch den Entscheid in der Hauptsache berührt werden. Ein genügendes, zur Beiladung berechtigendes Interesse liegt nicht vor, wenn sich der Dritte nur in einer ähnlichen Rechtslage befindet, ihm beispielsweise eine gleiche Last droht. Nach Kunze muß — da im Verwaltungsstreitverfahren reine Privatansprüche und öffentlich-rechtliche Berechtigungen verfolgt werden können — die Entscheidung die entsprechenden rechtlichen Interessen des Beigeladenen dadurch be-

¹⁹ Parey und Wiedemann: Endurteil des I. Senates vom 5. 9. 1885 S. 113: Eine Revisionsbeschwerde ist nicht möglich. Urteil vom 13. März 1886: Der Mangel der Beiladung bildet, auch wenn dieselbe ausdrücklich beantragt war, keinen Revisionsgrund.

Kamptz: Ukas vom 19. 6. 1878 IV 173 (178). Ukas vom 19. 1. 1878 III 102 (109): Es besteht kein gesetzlich anerkannter Rechtsanspruch auf Beiladung.

²⁰ Mohrmann a. a. O. S. 47/48.

rühren, daß die Entscheidung direkt gegen den Beigeladenen wirkt (damit rechtskräftig wird), oder Elemente seines Privat- oder öffentlichrechtlichen Interesses, eines Rechtsverhältnisses, zugleich mit der Hauptentscheidung feststellt. Das Oberverwaltungsgericht verlange vielfach mehr — was aber nach seiner Ansicht zu weit geht —, indem es die mittel- oder unmittelbare Berührung solcher Rechte des Beigeladenen fordert, zu deren Schutz eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegeben sei²¹.

Gleicher Meinung ist auch Friedrichs, der es nicht als nötig erachtet, daß das Interesse den Schutz der Verwaltungsgerichte genießen muß²², und als Parteiinteresse verfolgt werden kann. Bartels ist der Auffassung, es müsse sich um ein rechtlich geschütztes Interesse handeln²³. In diesem Sinne liegt auch ein Entscheid des Oberverwaltungsgerichts vor²⁴.

Nach Weise soll der Ausgang des Prozesses für Dritte eine gegenwärtige als sicher vorauszusehende, nicht von künftigen ungewissen Tatsachen abhängende Bedeutung haben. Diese Bedeutung könne ethischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein. Das Gericht könne jedoch nicht voraussehen, wem das Ende des Verfahrens von ethischer, wem von wirtschaftlicher Wichtigkeit sei, oder wer ihm aus privat- oder strafrechtlichen Gründen eine Bedeutung beimesse. Das Gericht könne höchstens übersehen, wem der Ausgang des Prozesses — dies versteht er unter der Interessenberührung — verwaltungsrechtlich von Wichtigkeit sei. Ein pflichtgemäßes Beiladen sei dem Gerichte nur möglich, wenn die Bedeutung des Prozeßausgangs für den Dritten eine verwaltungsrechtliche sei²⁵.

Schultzenstein ist anderer Meinung. Er erklärt sich damit einverstanden, daß ein Interesse an einer Rechtsauslegung, an der Feststellung einer gewissen Observanz und dergleichen nicht genüge, wenn dieses Interesse nicht so weit reiche, wie nun auf Grund der daraus gezogenen Schlüsse über die Gegenstand der Entscheidung bildende Pflicht selbst entschieden werde. Beim Interesse soll es sich weder um ein rechtliches noch um ein tatsächliches, sondern um ein «berechtigtes» handeln. Zur Vermeidung des Fremdwortes möchte er den Wortlaut des § 70 lieber in dem Sinne abgeändert wissen, daß von «die durch die zu erlassende Entscheidung berührt werden» die Rede wäre²⁶. Was Schultzenstein unter dem «berechtigten» Interesse versteht, ist unklar.

Auch Mohrmann findet, daß nicht jede «faktische» Beteiligung ge-

²¹ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 54—56. Verwaltungsarchiv I S. 205 ff.

²² Friedrichs a. a. O. S. 620.

²³ Bartels: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten S. 13.

²⁴ Kamptz: 2. Ergänzungsband S. 592.

²⁵ Weise a. a. O. S. 466 ff.

²⁶ Schultzenstein a. a. O. S. 35 ff.

nügt. Das Oberverwaltungsgericht habe auch schon von «sehr erheblichen Interessen» gesprochen. Es werde weder ein rechtlich geschütztes, noch überhaupt ein rechtliches Interesse verlangt. Ihm genügt, «wenn durch den Ausgang des Prozesses der Dritte in irgendeinem Rechtsgut möglicherweise verletzt wird²⁷.»

Um jeglichen Zweifeln zum vornherein vorzubeugen und solche sich widersprechende Auslegungen damit zu verunmöglichen, haben die Verwaltungsprozeßgesetze von Braunschweig und Oldenburg²⁸ von einem «rechtlichen» Interesse gesprochen. Damit wird klar umrissen, wie das Interesse beschaffen sein muß, um einen Dritten ins Verfahren beiziehen zu können. Daß das Interesse von rechtlich relevanter Bedeutung sein muß, ist auch meine Auffassung, wird doch andernfalls — wenn man auf rein tatsächliche Momente abstellen wollte — einer willkürlichen Anwendung der Beiladung geradezu gesteuert.

4. Bis wann kann eine Beiladung erfolgen?

Im preußischen Recht finden wir die Berufung und die Revision²⁹.

Die Berufung ist möglich gegen Urteile, Vorbescheide und Bescheide der Verwaltungsgerichte erster Instanz. Sie erfolgt gegen Urteile des Kreisausschusses an den Bezirksausschuß, gegen solche des Bezirksausschusses an das Oberverwaltungsgericht. Dieser allgemeine Grundsatz erleidet insofern eine Durchbrechung, als in gewissen Fällen gegen das Erkenntnis des in erster Instanz urteilenden Bezirksausschusses direkt die Revision zugelassen ist.

Die Revision richtet sich in der Regel gegen die in Berufungsinstanz ergehenden Urteile des Bezirksausschusses. Revisionsinstanz ist das Oberverwaltungsgericht. Es ist hier gleich wie im bernischen Rechte³⁰ ein besonderer Fehler nachzuweisen, sei es, daß bestehendes Recht nicht, sei es, daß es nicht richtig angewendet wurde.

Auf nähere Einzelheiten einzugehen, ist nicht der Zweck dieser Arbeit. Interessieren kann nur, daß vor dem Oberverwaltungsgericht, das als Revisionsinstanz urteilt, eine Beiladung nicht mehr möglich ist, es sei denn, daß die Berufungsinstanz zu Unrecht einen einmal Beigeladenen, gegen den in erster Instanz erkannt worden war, überging³¹.

²⁷ Mohrmann a. a. O. S. 39/40.

²⁸ Vgl. S. 23/24 hiervor.

²⁹ Siehe dazu Friedrichs a. a. O. § 478 und § 485.

³⁰ Art. 11 ter VRPG.

³¹ Ukas vom 26. 2. 1883 im preuß. Verwaltungsblatt (Pr. V. Bl. IV 372).

Eine Beiladung ist in der ersten wie in der zweiten Instanz möglich, da § 92 LVG für das Berufungsverfahren auch den § 70 anführt. § 95, welcher die für das Revisionsverfahren geltenden Bestimmungen aufzählt, erwähnt § 70 nicht, weshalb der Schluß gezogen werden kann, daß in der Revisionsinstanz eine Beiladung nicht mehr zulässig ist³².

Aus obigem erhellt, daß eine Beiladung in erster, aber auch noch in der Berufungsinstanz erfolgen, d. h. die Berufungsinstanz eine in erster Instanz unterlassene Beiladung nachholen kann. Sie ist jedoch auch hier ins freie Ermessen des Gerichtes gestellt.

Gegen den Willen des Beigeladenen kann eine vom Verwaltungsrichter in erster Instanz beschlossene Beiladung nicht in zweiter Instanz aufgehoben werden. Es steht dem Berufungsrichter somit nicht frei, einen in erster Instanz Beigeladenen ohne weiteres wieder auszuschcheiden³³.

Nach Kunze geht diese Ansicht des Oberverwaltungsgerichtes in einem Punkte fehl: Wenn nämlich der Richter erster Instanz die Beiladung ohne Grund verfügt habe — weil beispielsweise das Interesse des Beigeladenen gar nicht berührt wurde —, so sei sie unzulässig gewesen und habe keine Wirkung gegen den Beigeladenen ausüben können. Aus diesem Grunde soll es für den Richter möglich sein, die Beiladung wieder aufzuheben³⁴.

Welcher Ansicht beizupflichten ist, bleibe dahingestellt. Es scheint mir aber auch nicht von Wichtigkeit zu sein, welcher Auffassung man huldigen will. Häufig mag es sich erst im Verlaufe des Verfahrens erweisen, daß eine Beiladung unnötigerweise erfolgt war. Ob nun in einem solchen Falle die Beiladung formell widerrufen wird, oder ob der zu Unrecht Beigeladene weiterhin «pro forma» am Verfahren teilnimmt, kommt aufs gleiche heraus, da die Beiladung hier ja keine rechtlich relevanten Wirkungen zeitigen kann.

Die Beiladung ist selbst gegen Ausländer zulässig und sogar gegen den Kreis, vor dessen Kreisausschuß das Streitverfahren schwebt. Immer, wenn die Beiladung einer Körperschaft in Frage kommt, die der Gerichtsgewalt des Kreisausschusses nicht untersteht, kann der Kreis- oder Stadtausschuß die Beiladung aber nicht selbst verfügen, sondern er hat die Akten an den Bezirksausschuß abzugeben³⁵.

Zu letzterem erübrigt sich ein weiterer Kommentar, da sicher von der Behörde ein pflichtgemäßes Ermessen bei der Prüfung der «eigenen» Beiladung nicht vorausgesetzt werden kann.

³² Mohrmann a. a. O. S. 41.

³³ Kamptz a. a. O. S. 1387; Ukas vom 6. 10. 1898 XXXIV 450.
Ukas vom 26. Februar 1883 Pr. V. Bl. IV 372.

³⁴ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 54.

³⁵ Friedrichs a. a. O. S. 622.

5. Die Wirkungen der Beiladung, insbesondere die Stellung des Beigeladenen

Wenn die Beiladung an die Stelle von Intervention und Streitverkündung tritt, so besagt dies nicht, daß in ihr auch alle Wirkungen dieser beiden Institutionen des Zivilprozesses enthalten sind. Der Beigeladene kann die einmal begründete Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nicht durch tatsächliche oder rechtliche Momente, die aus seiner Person fließen, ändern³⁶. Es erhellt daraus, daß durch eine Beiladung niemals ein Mangel in der Legitimation geheilt werden kann, es sei denn, daß die Klage an keine Frist gebunden ist und sich der Beigeladene bereit erklärt, an Stelle oder neben den Kläger ins Verfahren zu treten. Durch eine Beiladung soll der Kreis der Parteien nicht erweitert werden³⁷. Dem Beigeladenen soll lediglich Gelegenheit gegeben werden, seine Interessen zu wahren, und die Beiladung bewirkt nur, daß der Beigeladene die zwischen den Parteien gefällte Entscheidung auch für sich gelten lassen muß³⁸. Der Beigeladene ist im Urteil zu erwähnen. Ueber den Zweck der Beiladung gibt die Zirkularverfügung vom 28. September 1876 I 432 Auskunft³⁹.

Wie wir weiter vorne gesehen haben, sind die Ansichten hinsichtlich des Zweckes der Beiladung resp. in Bezug auf die Beschaffenheit des Interesses geteilt. Weit widersprechender und mannigfaltiger noch sind aber die Auffassungen über die rechtliche Stellung des Beigeladenen im Verfahren. Während die einen dem Beigeladenen grundsätzlich die Stellung einer Partei im materiellen Sinne zubilligen, glauben andere, es komme ihm lediglich formell Parteistellung zu. Andere sprechen sogar davon, daß der Beigeladene nur teilweise der prozessualen Rechte der Hauptparteien teilhaftig werde.

³⁶ Kamptz a. a. O. Ukas vom 14. 5. 1879 V 60 (64).

³⁷ Kamptz a. a. O. Ukas vom 20. 11. 1884 XI 274 (277). Ukas vom 18. 1. 1898 XX 3. Ukas vom 5. 2. 1901 XXXIX 110. Ukas vom 25. 10. 1901 XL 151. Mohrmann a. a. O. S. 28.

³⁸ Kamptz a. a. O. Ukas vom 18. 1. 1898 XX 3.

³⁹ «Eine sachgemäße Uebung der den Verwaltungsgerichten beigelegten Befugniß zur Beiladung Dritter an dem Ausfalle des Rechtsstreites Betheiligter von Amtswegen wird es regelmäßig ermöglichen, auch innerhalb der Grenzen des Streitverfahrens eine erschöpfende Erörterung und Entscheidung der einzelnen Streitfälle ebenso wie früher in dem nicht an bestimmte Normen geknüpften Beschwerdeverfahren herbeizuführen. Am häufigsten wird namentlich von jener Befugniß da Gebrauch zu machen sein, wo eine durch den Antrag einer Privatperson herangerufene Verfügung einer öffentlichen Behörde von Demjenigen, gegen den sie gerichtet ist, angefochten wird.» Kamptz a. a. O. S. 1252. Vgl. Ziffer 2 hiavor.

Von Stengel nimmt an, daß eine Verurteilung der Beigeladenen oder eine Entscheidung zu ihren Gunsten möglich ist, wenn sie im Prozeß als Parteien beteiligt sind, sei es, daß sie selbst durch Stellung von Anträgen die Rolle als Partei übernehmen, oder daß Anträge gegen sie gestellt werden. Die Beiladung habe die Folge, daß ohne weitere Förmlichkeiten das eine wie das andere möglich sei⁴⁰.

Meyer sagt: «Der Beigeladene wird durch die Beiladung einfach Partei, ob er von seiner Rolle Gebrauch macht oder nicht»⁴¹.

Auch Bartels scheint anzunehmen, daß der Beigeladene wahre Partei wird, spricht er doch davon, daß zwischen den Beigeladenen unter sich, sowie zwischen Beigeladenen und einer Hauptpartei sehr wohl eine Streitgenossenschaft bestehen könne⁴². Einem Streitgenossen kommt ja die Parteistellung zu.

Müller erklärt zunächst, es finde sich in der Literatur nicht selten die Behauptung, der Beigeladene könne nicht verurteilt werden. Unter dieser unrichtigen Redewendung verberge sich allerdings ein richtiger Gedanke; denn die Beiladung könne die Klage nicht ändern. Es sei über den strittigen Anspruch zu erkennen. Allerdings führt er hierauf Fälle an, wo eine «Verurteilung» des Beigeladenen möglich sei. Diese Beispiele sind jedoch nicht gerade stichhaltig, um dartun zu können, daß der Beigeladene materiell verurteilt werden kann. Sie stellen eher eine logische Folge, eine Wirkung der diesbezüglichen Entscheidungen dar. Die Aenderung eines Abgabenverteilungsplanes zugunsten des Klägers könne bewirken, daß ein Beigeladener in der Folge zu einer höheren Abgabenleistung «verurteilt» werde oder die Ungültigerklärung einer Kreistagswahl «verurteile» die Abgeordneten zum Verlust ihres Mandates, wenngleich sie nur beigeladen worden seien. Im weitern hält er aber dafür, daß dem Beigeladenen die Stellung einer Prozeßpartei mit allen prozessualen Rechten zukomme. Er soll im Falle des Obsiegens Anspruch auf Kostenersatz haben. Müller lehnt die Ansicht, daß der Beigeladene nicht Partei im prozessualen Sinne oder bloß Nebenpartei werde, als unbegreiflich ab⁴³.

Schultzenstein sagt, es gelte nun als allgemein anerkannt, daß weder ein Beigeladener die Rolle als Partei übernehmen, noch Anträge gegen ihn gestellt werden können. Der Beigeladene hat lediglich in verschiedenen Beziehungen die gleiche prozessuale Stellung wie eine Partei⁴⁴.

Mohrmann verlangt einmal, daß der Beigeladene partei- und prozeß-

⁴⁰ von Stengel a. a. O. S. 507.

⁴¹ Meyer: deutsches Verwaltungsrecht 1895, Bd. I S. 183.

⁴² Bartels a. a. O. S. 14.

⁴³ Müller a. a. O. S. 127 f.

⁴⁴ Schultzenstein a. a. O. S. 8 und 20.

fähig sei, da er befugt ist, unter gewissen Voraussetzungen Rechtsmittel einzulegen. Daneben soll aber dem Beigeladenen nur in gewisser prozessualer Hinsicht die Stellung einer Partei zukommen. Ueber das sächsische Recht — das davon spricht, der Beigeladene werde Partei — führt er aus, der Beigeladene habe dort alle Rechte der Partei. Er könne in gleicher Weise wie die Partei durch Stellung von Anträgen eine Klageänderung bewirken. Die zu erlassende Entscheidung richte sich unmittelbar auch gegen den Beigeladenen, der mitverurteilt werde⁴⁵.

Daß der Beigeladene nicht Partei, jedenfalls nicht wahre Partei wird, sondern nur prozessual, vertreten auch Kunze und Friedrichs⁴⁶. Demgemäß kann er nicht klagen und auch nicht verklagt werden. Es können ihm jedoch Kosten auferlegt werden, insbesondere dann, wenn die Beiladung auf seinen Antrag hin erfolgte, jedoch kein Interesse, das durch die zu fällende Entscheidung berührt wurde, nachgewiesen werden konnte⁴⁷. Zu etwas anderem kann der Beigeladene nach der mehrheitlichen Ansicht nicht verurteilt werden.

Der Beigeladene braucht sich keiner Parteiseite anzuschließen. Er kann beide Parteien bekämpfen. Schließt er sich einer Parteiseite an, so soll er doch trotzdem — auch ohne seine Stellung ausdrücklich zu wechseln — in Widerspruch zu seiner Hauptpartei treten können. Er verfährt ja nicht die Sache eines Dritten, sondern seine eigene.

Welche Rechte werden dem Beigeladenen im Sinne der Zubilligung formeller Parteistellung zuerkannt⁴⁸?

In Bezug auf den Streitbetrieb — also prozessual — treffen den Beigeladenen die gleichen Voraussetzungen und Pflichten wie die Parteien. Er muß partei- und prozeßfähig sein, um Anträge — immer bezüglich des Streitbetriebes verstanden — stellen zu können. Soll das Urteil ohne mündliche Verhandlung ergehen, so ist dazu seine Zustimmung erforderlich. Es gelten für ihn die Bestimmungen über Ausschluß oder Ablehnung von Gerichtspersonen. Der Beigeladene soll zum gesamten Verfahren, auch zur Beweisaufnahme, herbeigezogen werden. Auch wenn er der Bei-

⁴⁵ Mohrmann a. a. O. S. 42 ff. insbesondere S. 78/79.

⁴⁶ Kunze: Verwaltungsarchiv S. 210/211.

Friedrichs a. a. O. S. 624.

⁴⁷ Weise a. a. O. S. 478 und Müller a. a. O. S. 129 Pr. V. Bl. XVI (Ukas vom 12. 2. 1895). Siehe aber einen früheren Entscheid, wonach die Kosten des B. dem unterliegenden Teile auferlegt wurden, nicht demjenigen, der die Beiladung beantragt hatte, da diese im Ermessen des Gerichtes liege (Parey und Wiedemann a. a. O. S. 203).

⁴⁸ Siehe für das Folgende: Kunze a. a. O. S. 198 ff, Friedrichs a. a. O. S. 618 ff, Weise a. a. O. S. 469 ff.

ladung keine Folge leistet, darf dieser Umstand den Richter nicht veranlassen, ihn zu übergehen. Er hat ihn dennoch zu allen Verhandlungen zu laden. Die Prozeßschriften sind ihm mitzuteilen, und die Hauptparteien sind über die verfügte Beiladung in Kenntnis zu setzen. Das Urteil hat auch für den Beigeladenen Geltung und ist ihm — auch wenn er ausdrücklich oder stillschweigend der Beiladung nicht Folge leistete — zuzustellen.

Diese letztern Ansichten und Vorschriften — Ladung, auch wenn er der Beiladung bisher keine Folge leistete, Zustellung der Prozeßschriften usw. — scheinen mir doch etwas zu weit zu gehen, dies in Anbetracht der Tatsache, daß der Beigeladene nach der Mehrheitsauffassung *nicht* Partei wird. Es scheint inkonsequent, dem Beigeladenen die materielle Parteistellung zu versagen, um ihm aber auf der andern Seite derartig weitgehend entgegenzukommen. Es geht doch nicht wohl an, ihm Rechte zu gewähren, ohne ihn zugleich der Pflichten teilhaftig werden zu lassen. Wenn nämlich der Beigeladene am Verfahren nicht teilnimmt, so läuft er auch kein Kostenrisiko. Daß dem Beigeladenen auch im Falle der Nichtteilnahme das Urteil zuzustellen ist, muß hingegen wieder anerkannt werden.

Was den Streitgegenstand anbelangt, kann der Beigeladene keine eigenen Anträge in der Hauptsache stellen. Er kann somit nicht über den Streitgegenstand verfügen⁴⁹. Da er aber imstande sein soll, eine ihm drohende ungünstige Entscheidung prozessualisch zu beeinflussen, muß er sein rechtliches Interesse — über welches mitverhandelt wird — nach allen Richtungen *verteidigungsweise* wahrnehmen können. Diesbezüglich kann er nach Kunze selbständig Anträge zur Abwehr und zur Unterstützung der Hauptparteien stellen. (Diese Auffassung ist nicht konsequent und kann zu ungleicher Behandlung führen. Der Richter, der schon über die Vornahme oder Verweigerung der Beiladung entscheidet, soll auch noch bestimmen, wann der Beigeladene — *verteidigungsweise* — Anträge stellen kann, d. h. wann derartige Anträge zu berücksichtigen sind? Dies geht nach meiner Ansicht zu weit, sofern man auf der andern Seite dem Beigeladenen nur die formelle Parteistellung zuerkennt.)

Dem Folgenden ist jedoch wiederum beizupflichten: Als Ausfluß aus dem Prinzip der Erforschung materieller Wahrheit ergibt sich, daß der Beigeladene neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen kann, die das Gericht auch zu berücksichtigen hat, wenn er dadurch — da er ja nur seine eigenen Interessen verfolgen könne — im Interesse einer Hauptpartei tätig wird. Es soll sich aber nur um solche Tatsachen oder Beweis-

⁴⁹ Kamptz a. a. O. Ukas vom 5. 2. 1901 XXXIX 110.

mittel handeln, die das Gericht von Amtes wegen berücksichtigen muß, d. h. die für die Entscheidung in der *Hauptsache* von Bedeutung sind und nicht etwa bloß Klarheit bezüglich allfälliger späterer Rückgriffsverhältnisse zwischen dem Beigeladenen und der Hauptpartei schaffen sollen. Dies gehe über den Zweck der Beiladung hinaus, da sich der Prozeß zwischen den Parteien abspiele.

6. Stehen dem Beigeladenen Rechtsmittel zu?

Wie ausgeführt wurde, kann der Beigeladene außer in seine eigenen Kosten zu nichts verurteilt werden. Daraus folgert Friedrichs⁵⁰, daß der Beigeladene Rechtsmittel mit Erfolg nur dann einlegen könne, wenn er in die Kosten verurteilt, also beschwert wurde, und zugleich die Hauptpartei ein Rechtsmittel einlegt. Im weitem bei der notwendigen Beiladung (siehe weiter unten). Der Beigeladene ist zur selbständigen Einlegung von Rechtsmitteln dann befugt, wenn er durch den von ihm angegriffenen Spruch in seinen *eigenen, seiner* Verfügung unterliegenden Rechten verletzt ist, und wenn im weitem solche Rechte in Frage stehen, welche an sich vor den Verwaltungsgerichten Schutz finden⁵¹. Dem Beigeladenen ist es aber untersagt, mit einem Rechtsmittel Ziele zu verfolgen, die über die Abwehr des durch das Urteil bewirkten Eingriffs in sein Interesse hinausgehen⁵².

Schultzenstein erklärt, daß nach der herrschenden Ansicht dem Beigeladenen formell die Einlegung eines Rechtsmittels zustehe, daß aber materiell einem solchen zum vornherein kein Erfolg beschieden sei. Es wäre seiner Ansicht nach richtiger, die Einlegung eines Rechtsmittels durch den Beigeladenen als unzulässig zu bezeichnen⁵³.

Auch Mohrmann anerkennt die formelle Berechtigung. Einen Erfolg für den Beigeladenen verspricht er sich aber nur — in materieller Hinsicht —, wenn ihm diesbezüglich die Sachlegitimation zukomme und er als zur Sache legitimiert für die Geltendmachung seines Anspruches eine gesetzliche Grundlage hat⁵⁴.

Kunze dagegen erklärt, das Recht zur Einlegung der Berufung gegen Entscheide des Kreis- oder Stadtausschusses wie auch die Einlegung der

⁵⁰ Friedrichs a. a. O. S. 626 f.

⁵¹ Kamptz a. a. O. Ukas vom 10. 9. 1889 XVIII 242; 17. 5. 1887 XV 72 etc. Mohrmann a. a. O. S. 75: OVG-Entscheid vom 12. 1. 1900.

⁵² Kamptz a. a. O. Ukas vom 27. 3. 1900 XXXII 148. Parey a. a. O. S. 9.

⁵³ Schultzenstein a. a. O. S. 18.

⁵⁴ Mohrmann a. a. O. S. 74.

Revision gegen das Endurteil des Bezirksausschusses stehe nicht nur den Parteien, sondern auch dem Beigeladenen zu. Er könne weiter — nur in Bezug auf den Kostenpunkt — die Anschlußberufung erklären. Ebenfalls könne der durch den Vorprozeß beschwerte Beigeladene die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen⁵⁵.

Es ist ganz natürlich, daß der Beigeladene auf Grund der ihm zugewilligten Stellung lediglich als prozessuale Partei regelmäßig kein Rechtsmittel mit Erfolg einlegen kann.

7. Die Wirkung der Entscheidungen für den Beigeladenen

§ 70 erklärt, die Entscheidung sei im Falle der Beiladung auch dem Beigeladenen gegenüber gültig.

Es ist weiter vorne davon gesprochen worden, daß Schultzenstein als weiteren Zweck der Beiladung die Ausschließung für spätere tatsächliche Anbringen des Beigeladenen erkannte. In der Regel wirke die Rechtskraft nur inter partes, die in der Lage gewesen seien, den Inhalt der Entscheidung bestimmend zu beeinflussen. Die Ausschließung soll deshalb, weil der Beigeladene nicht materielle Partei ist, das Rechtliche nicht berühren. Jedoch soll der Beigeladene aller tatsächlichen Anführungen, die er im Prozesse hätte machen können, aber unterließ, und die geeignet gewesen wären, zu einem andern Entscheid zu führen, im späteren Verfahren zu seinem Schaden verlustig gehen⁵⁶.

Es soll zwischen dem Kläger resp. dem Beklagten und dem Beigeladenen keine Entscheidung getroffen werden, sondern die zwischen den Hauptparteien gefällte Entscheidung auch dem Beigeladenen gegenüber gültig sein. Dieses wolle besagen, daß in einem späteren Prozeß zwischen dem Kläger resp. dem Beklagten und dem Beigeladenen eine strittige Frage, die im Vorprozesse behandelt wurde, zu welchem der Beigeladene zugezogen wurde, als entschieden gelte. Der Beigeladene soll sich diesbezüglich auf den Entscheid berufen können, resp. müsse ihn gegen sich gelten lassen⁵⁷.

Friedrichs Ansicht geht dahin, daß die Wirkung der Beiladung eine rein tatsächliche, auf die Gestaltung des Streitstoffes beschränkte sei. Wenn der Beigeladene in einem späteren Prozesse von einer Hauptpartei in Anspruch genommen werde, so könne er alle Einwendungen selbständig vorbringen, sogar die Passivlegitimation bestreiten, auch wenn feststehe, daß

⁵⁵ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 123, 126, 142.

⁵⁶ Schultzenstein a. a. O. S. 18 ff.

⁵⁷ Mohrmann a. a. O. S. 55.

außer ihm und der im Vorprozeß als nicht legitimiert anerkannten Hauptpartei kein Dritter in Betracht komme⁵⁸.

Kunze sagt, wenn eine Beiladung erfolgt sei, so sei das im Vorverfahren Festgestellte im Nachverfahren unbestreitbar. Das Urteil werde in Bezug auf die Feststellung zwischen den Parteien und dem Beigeladenen rechtskräftig⁵⁹.

Ein Urteil des I. Senates vom 11. April 1885, das vielleicht für den damaligen Fall seine Richtigkeit gehabt haben mag, aber sicher nicht als Regel angesehen werden darf, hat ausgeführt: Die Beiladung in einem Steuerprozeß habe lediglich den Zweck, dem Verwaltungsrichter eine erschöpfende Erörterung und Entscheidung des Streitfalles zu ermöglichen. Die Rechte des Beigeladenen würden dadurch nicht berührt. Die Entscheidung könne diesem gegenüber keine Rechtskraft erlangen⁶⁰. Hier wurde der Zweck der Beiladung mißverstanden. Sie stellt nicht ein Beweismittel dar; denn hierzu kann sich der Richter der Zeugen, Sachverständigen usw. bedienen, ohne eine Beiladung anordnen zu müssen. Die Beiladung geht weiter und verfolgt andere Ziele. Einleuchtender ist ein späterer Entscheid des Oberverwaltungsgerichtes, wonach die Tragweite der formellen Bestimmung nach § 70 LVG in jedem einzelnen Falle nach der Natur und dem Inhalte der getroffenen Entscheidung selbst zu beurteilen sei⁶¹.

8. Die notwendige Beiladung

Das Oberverwaltungsgericht hat wohl erkannt, es liege im Ermessen des Verwaltungsrichters, die Beiladung zu verfügen⁶². Doch hat es später für gewisse Fälle die Beiladung als eine notwendige angesehen, vor allem in solchen, in denen es nicht wohl angehe, daß ein Entscheid ohne die Hinzuziehung einer bestimmten Person ergehen könne, gesetzlich aber nicht vorgeschrieben sei, daß diese als Kläger oder Beklagter mitwirken müsse⁶³.

Wenn weiter vorne gesagt wurde, durch die Beiladung könne ein Mangel in der Legitimation nicht geheilt werden, so hat dies keine Geltung für

⁵⁸ Friedrichs a. a. O. S. 628.

⁵⁹ Kunze: Verwaltungsarchiv I S. 209.

⁶⁰ Parey a. a. O. S. 9 Nr. 42.

⁶¹ Mohrmann a. a. O. S. 69: Entscheid des OVG vom 17. 5. 1887.

⁶² Parey a. a. O. S. 113: Urteil vom 5. 9. 1885.

Bartels a. a. O. S. 14 äußert hierzu seine Bedenken.

⁶³ Friedrichs a. a. O. S. 628.

Kamptz a. a. O. Ukas vom 19. 1. 1891 XII 342; 19. 2. 1896 XXIX 114; 23. 2. 1897 XXXI 108 und 21. 12. 1900 XXII 324.

die notwendige Beiladung. Der notwendig Beigeladene ist nämlich eine nachträglich zugezogene Partei, mit allen Rechten und Pflichten einer solchen. Der Unterschied zwischen notwendiger Beiladung und notwendiger Klagenhäufung — nach bernischer ZPO wäre dies die notwendige Streitgenossenschaft — sei der, daß das Gericht hier die Verantwortung für die Zuziehung des Dritten trage. Wenn der Kläger es z. B. unterlassen hat, den Dritten mit zu verklagen oder sich mit ihm zur Erhebung einer gemeinsamen Klage in Verbindung zu setzen, so kann er deshalb mit seiner Klage nicht abgewiesen werden. Das Gericht *muß* somit in bestimmten Fällen die Beiladung verfügen, und eine Unterlassung hat zur Folge, daß kein Sachurteil gefällt werden kann, auch wenn die Sache spruchreif ist. Die Unterlassung einer Beiladung bildet einen wesentlichen Mangel, der durch Revision — also nicht mit einer bloßen Beschwerde — gerügt werden kann. Die notwendige Beiladung kann gleich wie die gewöhnliche Beiladung auch noch in der Berufungsinstanz erfolgen.

Nach Friedrichs ist die Beiladung nur in drei Fällen eine notwendige⁶⁴: Bei Streitigkeiten über die Richtigkeit von Wählerlisten muß jeder beigeladen werden, dessen Name aus der Liste gestrichen werden soll; in Wahlstreitigkeiten der Gewählten und derjenige, der etwa an seiner Stelle in das Kollegium aufgenommen werden sollte, dagegen nicht der Wahlvorstand, die Wähler und die Einsprechenden. (Warum die letzteren nicht beigeladen werden sollen, ist nicht recht ersichtlich.) Wurde die Wahl ungültig erklärt, so kann sie durch den Gewählten, wenn als gültig erklärt, durch denjenigen, der mit seinem Einspruch unterlegen ist — in beiden Fällen auch durch den Gemeindevorstand — angefochten werden. Bei Streitigkeiten über die Eigenschaft eines Ortes als Landsgemeinde, eines Gutes als Gutsbezirk sowie bei solchen über die Feststellung von Stadt-, Landes- oder Gutsbezirksgrenzen müssen die Eigentümer aller vom Streit berührten Grundstücke beigeladen werden. Der Kreis, dessen Grenzen durch die Abänderung der Gemeindegrenzen beeinflußt wird, muß dagegen nicht beigeladen werden.

Der notwendig Beigeladene hat außer den Rechten, die die freiwillige Beiladung gewährt, das unbeschränkte Recht der Einlegung von Rechtsmitteln gegen Bescheide und Endurteile und kann eine Abänderung erreichen. Die Entscheidungen über die Wählerlisten, Wahlen und Grenzen seien für den Beigeladenen verbindlich, da sie ihrem Inhalte nach für oder gegen alle wirken.

Bezüglich des Rechtes zur Einlegung von Rechtsmitteln haben wir ge-

⁶⁴ Friedrichs a. a. O. S. 630 und Entscheide unter Anmerkung 63 hiervor angeführt.

sehen, daß dieses nach Kunze auch dem freiwillig Beigeladenen zustehen soll. Abzulehnen ist aber die Auffassung, die Beiladung sei notwendig, wenn der Entscheid eo ipso für oder gegen alle wirkt, wie dies Friedrichs meint. In einem solchen Falle ist sie meiner Ansicht nach unnötig. Der Kreis der hier Beizuladenden läßt sich ja nicht genau abgrenzen. Es haben alle mehr oder weniger ein Recht darauf, beigeladen zu werden, da ihre Interessen in einem größeren oder kleineren Umfange berührt werden dadurch, daß der Entscheid seine Wirkungen für oder gegen alle zeitigt. Wenn man sich — wie dies weiter vorne ausgeführt wurde — im weitem auf den Standpunkt stellt, die Beiladung liege im freien Ermessen des Richters, so soll diese Ansicht auf der ganzen Linie verfolgt werden, d. h. es soll dann dem Richter überlassen bleiben, ob er eine Beiladung für nötig erachtet oder nicht. Es erübrigt sich und kommt eher einer Willkür gleich, wenn man für bestimmte Fälle die Beiladung als eine notwendige erklärt, und es dann auf der andern Seite dem Richter in andern Verfahren — wo eine Beiziehung des Dritten vielleicht ebenso am Platze wäre wie in den drei oben aufgezählten — freigestellt ist, eine Beiladung anzuordnen, d. h. er eine solche verfügen *kann* und nicht muß.

9. Zusammenfassung

Wir haben nun im Vorhergehenden feststellen können, daß infolge der weiten Fassung des § 70 LVG das Institut der Beiladung in Bezug auf Zweck und Wirkungen stark umstritten ist. Fast zu jeder Frage stehen sich eine Meinung und eine Gegenmeinung gegenüber. Einhelligkeit besteht vielleicht nur darüber, daß eine Beiladung noch in der Berufungs-, nicht mehr aber in der Revisionsinstanz erfolgen kann. Ich habe es unterlassen, zu verschiedenen Streitfragen Stellung zu beziehen, um es dann bezüglich des bernischen Verwaltungsprozesses nachzuholen. Wenn auch hinsichtlich des § 70 LVG mehrheitlich die Auffassung vertreten wird, der Beigeladene sei nicht materielle Partei (z. T. wird er als Prozeßpartei oder auch nur als Person mit gewissen prozessualen Rechten der Parteien bezeichnet), sich aber auch Ansichten vorfinden, er könne nicht nur zu den Kosten verurteilt werden, so gilt doch auf der andern Seite als unbestritten, daß die Tendenz in den späteren Gesetzen — wie das sächsische und oldenburgische — dahinzielt, die Beigeladenen als wirkliche Parteien zu behandeln. Die Auffassungen sind jedenfalls dort übereinstimmend — eine andere Ansicht habe ich nicht angetroffen —, wo in den Gesetzen *expressis verbis* davon gesprochen wird, daß der Beigeladene Partei werde. In diesen Fällen — vergleiche dazu Schultzenstein und Mohrmann — gilt der Beigeladene nicht bloß als Prozeßpartei, sondern als Partei im ma-

teriellen Sinne. (Wird in der gesetzlichen Bestimmung nicht von «Partei» gesprochen, so wird dem Beigeladenen nach der herrschenden Ansicht die prozessual gleiche Stellung wie der Partei zugebilligt.) Diese Erkenntnis läßt sich für die im IV. Kapitel zu behandelnden Gesetze von Basel und Graubünden verwerten.

C. DIE BEILADUNG IM ZIVILPROZESS

Der deutsche Zivilprozeß kennt als Beteiligung Dritter am Rechtsstreit die Streitverkündung, die Haupt- und die Nebenintervention. Daneben kommt noch in zwei Fällen eine Beiladung vor⁶⁵. Es handelt sich bei dieser Beiladung jedoch um eine modifizierte, d. h. von derjenigen im Verwaltungsverfahren abweichende.

Der erste Fall findet sich im Verfahren in Entmündigungssachen. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche erfolgt auf Antrag hin durch Beschluß des Amtsgerichtes. Zur Antragstellung sind die Ehegatten, die Verwandten, der gesetzliche Vertreter des zu Entmündigenden, sowie in allen Fällen auch der Staatsanwalt, befugt. Der Beschluß des Amtsgerichtes kann durch Klage angefochten werden. Zur Beurteilung der Klage ist dasjenige Landgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Amtsgericht über die Entmündigung entschieden hat. Gemäß § 666 ist die Klage gegen den Staatsanwalt, wird sie von diesem erhoben, gegen denjenigen gesetzlichen Vertreter des Entmündigten zu richten, welchem die Sorge für die Person obliegt.

§ 666, al. 3: «Hat eine der im § 646, Absatz 1 bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mitteilung der Klage zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des § 62 als Streitgenosse der Hauptpartei.»

Soweit es sich nicht um den gesetzlichen Vertreter handelt, ist der Antragsteller nicht passiv legitimiert. Wenn er nicht selbst Kläger ist, muß er unter Mitteilung der Klage vom Kläger geladen werden. Unterblieb die Ladung oder die Mitteilung der Klage, so ist die Verhandlung von Amtes wegen zu vertagen. Vom Beigeladenen wird eine bestimmte Erklärung, wem er beitrete — er kann sich sowohl der Aktiv- als der Passivseite anschließen —, verlangt. Er muß die Antragsberechtigung besessen haben, resp. er darf sie nicht seither verloren haben. Erfolgt der Beitritt, so wird er notwendiger Streitgenosse der Hauptpartei. Andernfalls nimmt der Prozeß ohne Rücksicht auf ihn seinen Fortgang.

⁶⁵ Jonas: Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, II. Band, S. 335.

Der zweite Fall handelt davon, daß mehrere Gläubiger eine Forderung gegen einen Dritten haben pfänden und sich überweisen lassen, wobei einer der Gläubiger gegen den Drittschuldner Klage erhoben hat.

Nach § 856 kann sich jeder Gläubiger, für den der Anspruch gepfändet wurde, als Streitgenosse anschließen. Alinea 3 schreibt vor:

«Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.»

Da nur der Drittschuldner alle pfändenden Gläubiger kennt, wird ihm die Pflicht auferlegt, sämtliche Gläubiger beizuladen, die möglicherweise auch erst nachträglich eine Pfändung erlangt haben, soweit sie nicht selbst Klage erhoben oder gemäß Alinea 2 Streitgenossen geworden sind. Im amtsgerichtlichen Verfahren hat gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Drittschuldner dem Gerichtsschreiber die Gläubiger zu bezeichnen. Im landesgerichtlichen Verfahren hat diese Bezeichnung von der Partei, die mündlich verhandeln will, auszugehen. Die Ladung selber geschieht von Amtes wegen. (Das «laden» in § 856, al. 3 ist somit offenbar dahin zu verstehen, daß der Drittschuldner dem Gerichte gegenüber die Gläubiger bloß zu bezeichnen hat. Das Gericht sorgt dann für deren Beiziehung ins Verfahren.)

Die beigeladenen Gläubiger bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, werden also im Prozesse Parteien. Die Entscheidung wirkt für oder gegen alle Gläubiger. Wurde jedoch einer nicht beigeladen, so kann sich der Drittschuldner auf eine ihm günstige Entscheidung nicht berufen⁶⁶.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dieser Beiladung im Zivilprozeß und derjenigen im Verwaltungsstreitverfahren liegt darin, daß sie hier durch die Partei erfolgen muß. Die formelle Ladung erfolgt wohl durch das Gericht, jedoch geht der Anstoß dazu von einer Partei aus. Diese Art Beiladung nähert sich der Streitverkündung, resp. der Intervention, wenn der Beigeladene ins Verfahren eintritt. Die Rechte des Beigeladenen gehen allerdings über die Intervention hinaus, da er Partei wird. Es handelt sich insofern um eine notwendige Beiladung, als bei Unterlassung derselben nicht verhandelt werden kann (siehe Fall I). Durch die erfolgte Beiladung ist dem Rechte aber Genüge getan. Wenn der Beigeladene — dem dies freigestellt ist — dem Verfahren nicht beitrifft, so geht der Prozeß weiter, und er darf sich dann nicht etwa auf eine ihm ungünstige Entscheidung berufen, d. h. diese nicht gelten lassen. Er hätte seine Rechte ja wahren können. Im zweiten Falle liegt bei Unterlassung der Beiladung

⁶⁶ Kunze a. a. O. S. 51—53.

Jonas a. a. O. S. 768.

kein nichtiges Erkenntnis vor, da man dem Gerichte nicht zumuten kann, sämtliche pfändenden Gläubiger zu kennen. Deshalb trifft den Drittschuldner die Pflicht, die Beiladung zu veranlassen. Bei Unterlassung der Beiladung ist die Folge nur die, daß sich der Drittschuldner einem nicht beigeladenen Gläubiger gegenüber nicht auf eine für ihn günstige Entscheidung berufen kann.

II. Die Beiladung im französischen Recht

A. DIE BETEILIGUNG DRITTER IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

1. *Allgemeines*

Da es nicht Zweck dieser Arbeit ist, das französische Verwaltungsstreitverfahren — das weitgehend auf Gewohnheitsrecht beruht — in extenso zu untersuchen, wird hier nur auf ein wesentliches Kapitel, auf den *excès de pouvoir* (Amtsmißbrauch, Befugnisüberschreitung) eingegangen.

Die Gerichtsbarkeit wird im allgemeinen vom Conseil de Préfecture (1. Instanz) und dem Conseil d'Etat — 2. Instanz für weitergezogene Erkenntnisse des Conseil de Préfecture, sowie einzige Instanz zur Beurteilung des *recours pour excès de pouvoir* — ausgeübt⁶⁷. Die Hauptgesetze sind: loi du 26 octobre 1888, loi du 22 juillet 1889 und décret du 22 juillet 1806.

Dieser Rekurs ist keine Vorkehr gegenüber einer Partei. Er richtet sich vielmehr gegen einen Verwaltungserlaß (*acte*). Nicht eine Person, sondern die öffentliche Gewalt, in deren Namen die Person gehandelt hat, wird von demjenigen, dessen «*intérêt direct et personnel*» verletzt wurde, angegriffen. Das Individuum tritt dem Staate gegenüber⁶⁸. Deshalb steht dem Kläger nicht ein eigentlicher Beklagter wie im Zivilprozeß gegenüber. Weder die Interessierten, noch der Vertreter der öffentlichen Gewalt sind Parteien im juristischen Sinne, weshalb sie durch eine einfache Mitteilung (*communication*) ins Verfahren gerufen werden können⁶⁹.

⁶⁷ Schrupp: Deutsche Staats-, Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, S. 53/54.

Pache: *Le projet de cour administrative fédérale* . . . S. 22.

⁶⁸ Schrupp a. a. O.

⁶⁹ Laferrière: *Traité de la Juridiction Administrative et des recours Contentieux* S. 561.

Diese Mitteilung, die im Ermessen der Behörde steht, ist als Beiladung anzusprechen. Daneben sind die Intervention — wobei der Entscheid über die Zulassung einer solchen ebenfalls von der Behörde abhängt — und die tierce opposition bekannt, welche dem Dritten die weitgehendsten Rechte gewährt, jedoch erst nach dem Rekursentscheid unter bestimmten Voraussetzungen als außerordentliches Rechtsmittel ergriffen werden kann.

2. Die Mitteilung des Rekurses an Dritte: Beiladung

Wenn wegen Ueberschreitung der Amtsbefugnis eine Partei den Rekurs ergriffen hat, so *kann* dieser, außer dem Minister, Personen, die ein direktes und persönliches Interesse (*intérêt direct et personnel*) an der Aufrechterhaltung des angegriffenen Verwaltungsaktes (*acte*) haben, mitgeteilt werden. Die Mitteilung ist jedoch nicht obligatorisch, sondern hängt vom Ermessen der mit der Streitsache befaßten Abteilung (*la section du contentieux*) ab. In einigen Fällen empfiehlt sie jedoch Laferrière; so soll beispielsweise bei einem Entscheid betreffend ein Minenkonzessionsdekret der Rekurs dem Konzessionär mitgeteilt werden. Wird diese Beiladung unterlassen, so resultiert daraus kein nichtiges Verfahren — da eine solche ja im Ermessen der Behörde liegt —. Den Uebergangenen stehen aber im Gegensatz zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren andere Möglichkeiten als die einfache Beschwerde zu. Sie können, sofern sie vom Rekurs anderswie Kenntnis erhalten, unter bestimmten Voraussetzungen intervenieren, oder sogar nach der Ausfällung des Rekursentseides diesen mit der Drittopposition (*terce opposition*) anfechten.

3. Die Intervention

Die Interessierten, die nicht mittels oben besprochener Mitteilung ins Verfahren gerufen worden sind, können sich auf dem Wege der Intervention spontan, von sich aus, daran beteiligen. Sie ist nicht nur für diejenigen zulässig, die ein direktes persönliches Interesse haben, und die eine Mitteilung des Rekurses hätten erhalten können, sondern auch für die, welche ein weniger unmittelbares Interesse am Ausgang der Streitsache aufweisen. Die Anforderungen sind für denjenigen, der selber einen Rekurs erhebt, strenger als für Dritte, die in einem schon hängigen Rekursverfahren intervenieren. Selbstverständlich kann nicht jeder Beliebige als Intervenient auftreten. Die Behörde entscheidet vielmehr darüber, ob die Intervention zugelassen werde oder nicht. Die Entscheide, die sich mit der Zulässigkeit der Intervention befassen, verlangen nämlich nicht ein direktes und persönliches Interesse, wie die Erkenntnisse, die über

die Zulässigkeit des Rekurses als solchen befinden. Sie stellen in mehr allgemeinen Wendungen fest, daß der Intervenierende «a intérêt au maintien de l'arrêt attaqué . . .» oder daß er beweist, daß sein Interesse genügend ist, um die Zulässigkeit seiner Intervention zu begründen («justifie d'un intérêt suffisant que son intervention soit déclaré recevable»). Einige Entscheide beschränken sich sogar darauf, daß der Intervenierende «peut avoir intérêt»⁷⁰. Gerade diese letztere Ansicht geht nun sicher zu weit. Es wäre ja somit ein leichtes, irgendein Interesse nachzuweisen, und es würde einer Rechtsunsicherheit gleichkommen, wenn sich die urteilende Behörde — die über die Zulässigkeit der Intervention zu entscheiden hätte — nicht an gewisse Richtlinien, z. B. an ein «rechtliches» Interesse, wie es z. T. in deutschen Verwaltungsprozeßgesetzen verlangt wird, zu halten hätte.

Nicht alle Drittinteressierten, welche intervenieren, werden gleich behandelt. Je nach der Person finden sich Unterschiede. So können z. B. die Behörden, vor allem diejenigen, die den angegriffenen Entscheid — gegen den der Rekurs ergriffen worden ist — gefällt haben, keine Interventions-, sondern nur Verteidigungsanträge stellen. Diese Behörden werden durch den Minister vertreten. Wir sehen, daß der Dritte, ob er nun durch Beiladung oder Intervention ins Verfahren gelangte, Anträge stellen kann.

Die Intervention kann sowohl erfolgen, um etwas zu unterstützen, wie auch, um es zu bekämpfen. Die allgemeinen Regeln über die Intervention sollen auch bei diesem Rekurs ihre Geltung haben. Gleichwohl unterscheiden sich in der Praxis die Anträge des Intervenierenden von denjenigen des Rekurrenten, der in eigenem Namen die Aufhebung des Erlasses verlangt, kaum voneinander. Die Anträge des Intervenierenden müssen aber, damit sie gehört werden können, innerhalb einer bestimmten Frist gestellt werden.

4. *Die tierce opposition*

Wer ist zur Erhebung der Dritteinsprache befugt? Die Art. 466 und 474 des Zivilprozesses sprechen von der Intervention resp. der Dritteinsprache. Diese Bestimmungen sind beizuziehen, da das décret du 22-7-1806 (art. 21 und 37) sich lediglich darauf beschränkte, die Intervention und die «tierce opposition» vorzuschreiben, ohne diese aber näher auszubilden. Denjenigen, welche zur Intervention befugt sind, sollte eigentlich auch die Fähigkeit, Dritteinsprache zu erheben, zukommen. Dies gilt vor dem Conseil d'Etat, in den ihm ordentlicherweise unterstellten Streitigkeiten.

⁷⁰ Laferrière a. a. O. S. 563.

Diese Wechselbeziehungen zwischen dem Recht auf Intervention resp. zur Dritteinsprache in den ordentlichen strittigen Angelegenheiten werden wie folgt gerechtfertigt: demjenigen, der das Recht hat, zu intervenieren, um zu verhindern, daß ein Urteil gefällt werde, müsse umso eher das Recht zugebilligt werden, diesen Entscheid anzugreifen, wenn er ohne sein Wissen und zu seinem Nachteil ergangen sei. Während wir weiter vorne gesehen haben, daß bei der Intervention sogar ein einfaches Interesse genügen mag (was allerdings meiner Ansicht nach zu weit geht), ohne daß ein Recht verletzt oder bedroht wurde, geht dies bei der tierce opposition im Verwaltungsstreitverfahren, welche ein außerordentliches Rechtsmittel darstellt, nicht an. Die tierce opposition steht nur denen zu, die nachweisen, daß sie durch den Entscheid, welcher eine Verfügung aufgehoben hat, in ihren *Rechten* verletzt wurden. Der Entscheid wirkt nämlich gegen alle und demnach auch dann, wenn der aufgehobene Verwaltungsakt dem Dritten nicht geschadet, sondern genützt hatte. Es genügt jedoch noch nicht, daß der Dritte in seinen Rechten verletzt wurde. Uebrigens muß er übergangen, d. h. es muß ihm keine Gelegenheit geboten worden sein, auf die Entscheidung einzuwirken⁷¹.

Es scheint mir folgerichtig, an das «Interesse» bei der Dritteinsprache strengere Anforderungen zu stellen, da damit auf einen gefällten Entscheid Einfluß ausgeübt werden will, während bei der Intervention dieser Entscheid noch nicht ergangen ist, und dem Intervenierenden Gelegenheit geboten war, das Nötige zur Beeinflussung des Entscheides vorzukehren. Es hält ja bekanntlich immer schwer, einen in Rechtskraft erwachsenen Entscheid wieder rückgängig zu machen.

Aus obigen Ausführungen läßt sich der Schluß ziehen, daß demjenigen, dem das Recht der tierce opposition zugebilligt wird, das Interventionsrecht zustand nach den dort geltenden weniger strengen Anforderungen. Eine Beiladung ist im Zweifelsfalle für die Behörde zu empfehlen. Stellt sich nämlich später heraus, daß durch den Rekursentscheid nicht nur Interessen, sondern Rechte Dritter berührt, d. h. verletzt wurden, so droht der Behörde die tierce opposition, die sie durch rechtzeitige Beiziehung des Dritten ins Verfahren allfällig hätte vermeiden können.

⁷¹ Laferrière a. a. O. S. 563 ff.: «La tierce opposition serait ouvert à toute partie pouvant invoquer un droit qui se trouverait mis en echec par l'annulation de l'acte sur lequel ce droit reposait.»

art. 474: «Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés.»

5. Die Kostenliquidation

Auf die Kostenregelung hat die Beiladung oder Intervention, resp. die Teilnahme des Dritten am Verfahren, einen wesentlichen Einfluß. Die Verwaltungsbehörde kann nämlich gegenüber einer Partei, die mit ihrem Rekurs obsiegt, nicht in die Kosten verurteilt werden. Diese Regel gilt allgemein für das französische Verwaltungsstreitverfahren. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Verwaltungsbehörde von sich aus den unrichtigen Entscheid abändert, oder ob ihr die Aufhebung durch einen Entscheid auferlegt wird. Wenn nun aber die Verwaltung keine Kosten zahlen muß, so darf sie auch nicht von der unterliegenden Partei solche verlangen. Die Kosten können nur einesteils zwischen dem, der die Aufhebung des Entscheides, z. B. einer Verfügungsverfügung, verlangt hat (dem Rekurrenten) und andernteils zwischen den Beigeladenen oder denjenigen, die spontan interveniert haben, liquidiert werden. Im Zweiparteienverfahren — vorausgesetzt, daß die eine Partei eben nicht eine Behörde ist (die Behörde ist nicht Partei im juristischen Sinne) — sind die Kosten des Klägers, der mit seinem Rekurs obsiegt, durch diejenigen, die seine Anträge bekämpft haben, zu ersetzen (ev. durch die Beigeladenen resp. Intervenienten). Gegenteils muß er aber im Falle des Unterliegens die Kosten des Beklagten oder der Intervention bezahlen.

Laut Dekret bestehen diese Kosten lediglich aus den Schreib- und Stempelgebühren, welche auf den Schriftsätzen und gewissen Aktenstücken erhoben werden⁷².

Der Beigeladene läuft somit ein Kostenrisiko, wenn er am Verfahren teilnimmt.

B. DIE BEILADUNG IM ZIVILPROZESS

Außer von einer Intervention spricht der code de procédure civile auch von der Beiladung. Im ersten Teil des ersten Buches, das von der justice de paix (Friedensgerichten) handelt, finden wir in den Art. 32 und 33 die Beiladung der Gewährsmänner (la mise en cause des garants)⁷³.

Eine Beiladung soll auf Antrag des Beklagten vorgenommen werden. Wenn er am Tage des ersten Erscheinens verlangt, daß ein Gewährsmann zur Sache beigeladen werde, so *muß* ihm der Richter mit Rücksicht auf die Entfernung des Wohnsitzes des Beizuladenden eine hinreichende Frist gewähren. Es erhellt, daß in diesem Falle der Richter von Amtes wegen

⁷² Siehe dazu Laferrière a. a. O.

⁷³ Kramer: die 5 französischen Gesetzbücher.

verpflichtet ist, eine Beiladung anzuordnen. Er hat dies durch einen förmlichen Entscheid zu tun, dem eine förmliche Ladung des Gewährsmannes folgen muß. Der Entscheid, der die Beiladung anordnete, muß diesem jedoch nicht mitgeteilt werden, offenbar, weil in den Fällen, wo die Beiladung obligatorisch ist, die förmliche Ladung als genügend erachtet wird. Wurde eine Beiladung nicht beim ersten Erscheinen verlangt, oder erging die Vorladung nicht innert der vorgesehenen Frist, ist ohne Aufschub in der Hauptsache zu entscheiden, vorbehaltlich besonderer Entscheidung über die Klage auf Gewährleistung⁷⁴. Dies ist offenbar dahin zu interpretieren, daß ein Entscheid über eine Frage, welche den Gewährsmann berührt (Regreß), nicht gefällt werden kann, ohne daß dem Dritten die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben worden ist. Die Folge wäre widrigenfalls ja die — wie wir weiter oben gesehen haben —, daß eine Partei Drittopposition erheben kann (Partei im Sinne des übergangenen Beizuladenden), wenn sie durch einen Entscheid in ihren Rechten verletzt worden ist und nicht Gelegenheit hatte, diese Rechte zu wahren, weil sie nicht «ins Verfahren gerufen» worden war.

Diese Beiladung kann nur «beim ersten Erscheinen» (à la première comparution) verlangt werden. Zu einem späteren Zeitpunkt ist dies nicht mehr möglich, da ja unverzüglich zum Urteil geschritten werden soll.

III. Die Beiladung im österreichischen Recht

Das österreichische Verwaltungsstreitverfahren enthält keine klare Regelung dieses Institutes. Schon die Abgrenzung des Parteibegriffes an sich bietet Schwierigkeiten, unterscheidet doch das Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren «Beteiligte» und «Parteien»⁷⁵. Wohl gilt primär für den Parteibegriff, daß Rechts- und Prozeßfähigkeit gegeben sein müssen. Im weiteren ist in casu die Legitimation zur Sache erforderlich. Diese legitimatio ad causam richtet sich im bestimmten Verwaltungsrechtsstreite danach, «inwieweit die durch die Rechtsordnung als schützenswert anerkannten *Interessen* einer Person durch einen Verwaltungsakt berührt werden.»⁷⁶

⁷⁴ Art. 33 code de procédure civile.

⁷⁵ § 8 AVG: «Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen, und auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte, und insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien.»

⁷⁶ Herrnritt: Das Verwaltungsverfahren, S. 53.

Aus dem § 8 AVG ergibt sich als Oberbegriff «Beteiligter», der beim Vorliegen der gesetzlich verlangten Voraussetzungen zur «Partei» wird. Nach Herrnritt hat eine Person Anspruch auf Beteiligung am Verfahren entweder kraft materieller (Rechtsanspruch = Anspruch auf eine bestimmte behördliche Tätigkeit) oder formeller Voraussetzung (rechtliches Interesse = Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren). Unter solchen Gegebenheiten wird die Person zur «Partei». Als bloß «Beteiligter» ist anzusprechen, wer weder einen materiellen noch einen formellen Anspruch, sondern nur ein tatsächliches Interesse an der Sache hat. Wie wir weiter vorne erkannt haben, genügt natürlich ein Formalinteresse im Verwaltungsstreitverfahren wegen dessen Officialität zur Beiziehung des Dritten nicht. Deshalb zweifelt Herrnritt hier den Wert der gesetzlichen Unterscheidung «Partei» und «Beteiligter» an. Der materielle oder prozeßrechtliche Anspruch, der die Person zur Partei stempelt, ist aus der konkreten Verwaltungsvorschrift herauszulesen. Die im öffentlichen Rechte begründete gesetzliche Verpflichtung des Verwaltungsträgers, z. B. des Staates oder einer Gemeinde, zu einer Leistung fließt oft aus der Tatsache des allgemeinen Ordnungsschutzes, an der zwar der Einzelne ein faktisches Interesse haben möge, was aber noch nicht einen Rechtsanspruch, der vor den Behörden geltend gemacht werden könnte, begründen müsse. Dazu bedarf es eines aus einer öffentlichrechtlichen Vorschrift fließenden konkreten Anspruches.⁷⁷

Wer nun im Verfahren als Partei beizuziehen ist, kann nicht allgemein ausgedrückt werden. Hauptsächlich auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Verwaltung wurde in den einzelnen Gesetzen der Versuch einer Abgrenzung zwischen «Parteien» und «Beteiligten» vorgenommen. So hat beispielsweise die Wiener Bauordnung vom 25. November 1929 — LGBL 11 — in § 134 die Stellung der am Bauverfahren beteiligten Personen als Parteien resp. Beteiligte unterschieden⁷⁸.

Was hier vor allem interessiert, ist die Tatsache, daß nicht nur die

⁷⁷ Herrnritt a. a. O. S. 55: «Ein subjektives öffentliches Recht wird nur dann anzunehmen sein, wenn eine öffentlichrechtliche Vorschrift eine Befugnis des Einzelnen sowohl bezüglich ihres Trägers (Subjekts) als auch bezüglich ihres Gegenstandes in einer über den bloßen Schutz öffentlichen Interesses hinausgehenden Weise, also zunächst im Interesse des Einzelnen konkretisiert hat . . .»

Körner: Der Parteibegriff des österr. AVG, Vierteljahreszeitschrift zur Prager JZ III, 1928, Sp. 113 ff.

⁷⁸ a) Beim Bauansuchen ist der Gesuchsteller Partei; b) im Verfahren zur Festsetzung der Bebauungs- und Fluchtlinie der Eigentümer der im Plangebiete gelegenen Liegenschaften Partei; c) im Baubewilligungsverfahren sind die Anrainer Beteiligte; wenn über ihre subjektiven Rechte entschieden wird, aber Parteien, eben-

direkt Betroffenen — Personen, die durch eine Behörde zu einer Leistung verpflichtet, resp. die von einer Behörde eine Leistung erheischen — im Verfahren Parteien sind, sondern der Kreis wird ausgedehnt auf diejenigen, die am Verfahren ein «rechtliches Interesse» haben. Herrnrith hält mit Recht dafür, daß neben dem Antragsteller, der gegen die Verwaltung einen Anspruch erhebt, die Personen beizuziehen seien, «deren Rechte vermöge einer sachlichen oder räumlichen Beziehung (z. B. als Vertreter eines Anstaltsinteresses oder als Nachbarn, Anrainer) durch den Antrag des Gesuchstellers gefährdet werden können»⁷⁹. Diesen rechtlichen Interessenten billigt er Parteistellung zu, in dem Sinne, daß sie Anträge stellen und gegen die Entscheidung Rechtsmittel ergreifen können.

Dies geht außerordentlich weit. Die Rechte bzw. rechtlichen Interessen brauchen nicht berührt zu werden, um die Beiziehung des Dritten zu rechtfertigen. Die bloße Möglichkeit einer Gefährdung genügt zur Beiladung der Dritten, denen dann im Verfahren Parteistellung zukommt.

So wenig wie es angeht, es ins freie Ermessen der Behörde zu stellen, ob sie solche obgenannten Interessenten beiziehen wolle oder nicht, darf eine Verwaltungsbehörde natürlich auch nicht weitergehen und willkürlich Personen, die an der Sache nicht beteiligt sind, ins Verfahren rufen. Die Bestimmungen über die Parteilegitimation bilden *ius cogens*, so daß diese nur durch das Gesetz, nicht aber durch eine Verwaltungsbehörde verliehen werden kann⁸⁰.

Selbstverständlich sind Drittpersonen dann nicht zu begrüßen, wenn der Entscheid *eo ipso* auch für sie Geltung hat, weil er für oder gegen alle wirkt, oder wenn der Entscheid einer Behörde über eine bestimmte Frage für den Dritten nicht präjudizierbar ist. In allen Fällen jedoch, wo dem Dritten droht, infolge des Ausganges des hängigen Verfahrens selber in einen Verwaltungsprozeß verwickelt zu werden, ist er — sofern eine solche Wirkung erkennbar ist — von Amtes wegen, zum mindesten

falls der Bauwerber, wenn er vom Grundeigentümer verschieden ist; alle übrigen, die in ihren Rechten oder Interessen getroffen werden, Beteiligte ... (H. a. a. O. S. 56, Note 8).

⁷⁹ Herrnrith a. a. O. S. 57.

Bohuslav-Janota: Erkenntnisse des tschechoslowakischen OVG 3637: «Partei kann sein derjenige, dessen Rechte, Ansprüche, Pflichten autoritativ festgestellt werden sollen oder derjenige, dessen gesetzlich geschütztes rechtliches Interesse durch den Bescheid *berührt* wird.»

⁸⁰ VGH 13.371 A/23.

aber auf seinen Antrag hin ins Verfahren beizuziehen, um den zweiten Prozeß und eine dem Urteil des ersten Prozesses gegenüber unvereinbare Entscheidung zu vermeiden⁸¹.

Tezner hält dafür, es sei im Interesse der Prozeßkonzentration wünschenswert, von Amtes wegen diejenigen Drittpersonen beizuziehen, auf deren Rechts- oder rechtlich geschützten Interessen der Einfluß eines von bestimmten Parteien angeregten Prozesses erkennbar sei. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sehe dies § 27 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes (VGH) ausdrücklich vor⁸².

Wenn auch nicht *expressis verbis* von einer Beiladung gesprochen wird, so handelt es sich doch bei dieser durch eine Behörde — sei es von Amtes wegen oder auf Antrag des Dritten — beigezogenen Person um einen Beigeladenen, wie wir ihn im bernischen Verwaltungsprozeß antreffen werden. Im österreichischen Recht wird ihm allerdings Parteilstellung zugebilligt. Eine solche kann auch erst im Berufungsverfahren entstehen, wenn er nicht früher ins Verfahren gerufen worden war⁸³. Ob nun daneben die Intervention noch Platz findet (Herrnritt spricht davon) — eine Intervention, wie wir sie im bernischen Zivilprozeß antreffen —, möchte ich doch bezweifeln — ohne mir dabei ein Urteil anmaßen zu wollen, da es nicht Zweck dieser Arbeit ist, sich eingehend mit dem österreichischen Recht zu befassen. Es sei deshalb hier nur bemerkt, daß mir der spontane Eintritt eines Dritten — in sein Ermessen gestellt —, um einen für ihn günstigen Entscheid zu erstreiten, mit den auch im österreichischen Recht vorherrschenden Offizial-⁸⁴ und Untersuchungsmaximen sowie mit dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit im Widerspruch zu stehen scheint⁸⁵. Das Institut der Beiladung, wie sie vor allem von Tezner propagiert wird, genügt meiner Ansicht nach vollkommen.

Wie wir gesehen haben, drückt sich § 8 AVG recht unpräzis aus. Die weite Fassung dieser Bestimmung bietet Anlaß zu Unklarheiten und gibt auf der andern Seite Raum zu den verschiedensten Interpretationen. Da bestimmte gesetzliche Vorschriften über die Beiziehung der Dritten fehlen, kann eine berechtigte aber unterlassene Beiladung nicht zur Nichtigkeit des Verfahrens führen. Der Behörde dabei den Vorwurf der

⁸¹ VGH A II 4016 und A I 13.809.

Tezner: Das österreichische Administrativverfahren S. 376.

⁸² Tezner a. a. O. S. 699.

⁸³ Herrnritt a. a. O. S. 57.

⁸⁴ AVG § 39.

⁸⁵ Herrnritt a. a. O. S. 3/4.

Verletzung klaren Rechts zu machen, ginge nicht an. Es wird dem Dritten bei der Verweigerung der Beiladung eine Beschwerde zustehen müssen. Hat der Entscheid nicht sowieso seine Wirkung für oder gegen alle, so kann er für den Dritten — wenn er dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen berührt, ohne daß dieser am Verfahren teilnehmen konnte — meines Erachtens keine Geltung haben.

III. Kapitel:

Die Beiladung im bernischen Verwaltungsprozeß

I. Die Streitgenossenschaft

Laut Art. 25, al. 1 VRPG sind hinsichtlich der Streitgenossenschaft im Verwaltungsprozeß die einschlägigen Vorschriften der Zivilprozeßgebung analog anzuwenden. Es gelten somit die Art. 36—39 der bernischen Zivilprozeßordnung.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie mit Rücksicht auf den Streitgegenstand in der Gemeinschaft eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit stehen oder aus demselben Rechtsgeschäfte Rechte ansprechen oder Verbindlichkeiten übernommen haben (Art. 36 ZPO). Man spricht hier von einer materiellen Streitgenossenschaft.

Liegen gleichartige Klagegründe vor, so haben wir es mit der formellen Streitgenossenschaft zu tun. Die Streitgenossen treten hier erst durch den Prozeß in rechtliche Beziehungen zueinander, während die materiellen Streitgenossen auf Grund des materiellen Rechts schon vor dem Rechtsstreite miteinander verbunden sind. Damit eine formelle Streitgenossenschaft entstehen kann, muß die Klage Rechtsverhältnisse betreffen, die auf einem *tatsächlich* gleichartigen Grunde beruhen. Für jeden einzelnen Beklagten muß die Zuständigkeit an sich gegeben sein. Ferner sollen die der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ohne Schwierigkeiten in einem einheitlichen Urteile festgestellt werden können (Art. 37 ZPO).

Die Eigenart bei der Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) besteht darin, daß eine Mehrheit von Personen auf der einen oder auf beiden Parteiseiten im Prozesse mitwirkt. (Bei der objektiven Klagen-

häufung stehen einer Partei mehrere Ansprüche gegen die andere zu.) Für den Kläger besteht jedoch kein Zwang, alle Beklagten in einem einzigen Verfahren ins Recht zu fassen, es sei denn, wir haben es mit einer sog. notwendigen (materiellen) Streitgenossenschaft zu tun. Von einer solchen ist die Rede, wenn das Zivilrecht eine gemeinsame Prozeßführung vorschreibt, wie dies bei Gesamthandsverhältnissen — Gemeinderschaft, Erbengemeinschaft, einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft — der Fall ist. Hier müssen alle gemeinsam klagen resp. beklagt werden. Auf der andern Seite steht es dem Richter hingegen frei, von Amtes wegen oder auf Antrag der Parteien eine Trennung der einzelnen Klagen vorzunehmen, wenn sich aus der gemeinschaftlichen Durchführung des Prozesses Schwierigkeiten ergeben sollten, oder sich eine solche als unzweckmäßig erweist. Eine Trennung ist jederzeit möglich, und selbst in oberster Instanz kann sie noch verfügt werden. Hingegen steht dem Richter umgekehrt nicht das Recht zu, getrennt angebrachte Klagen, die gemäß der Art. 36/37 ZPO hätten verbunden werden können, zu vereinigen¹. Er soll diesfalls nach Maßgabe des Art. 96 ZPO vorgehen, d. h. einen Prozeß einstellen, wenn er durch den Ausgang in einem andern Rechtsstreit präjudiziert wird².

Man darf nicht außer Acht lassen, daß der Verwaltungsprozeß andern Maximen huldigt als der Zivilprozeß. Auf ersteren, der die materielle Wahrheitserforschung verlangt, können somit nicht ohne weiteres alle Grundsätze des Zivilprozesses hinsichtlich der Vorschriften über die Streitgenossenschaft angewendet werden. Eine gemeinsame Prozeßführung ist im Interesse der Sache aber auch im Verwaltungsprozeß geboten. Hingegen sind besondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel einzelner Streitgenossen in gesonderten Anbringen nicht von der Bewilligung des Richters abhängig zu machen. Nach Art. 18 VRPG liegt nämlich die Leitung des Prozeßverfahrens in den Händen der urteilenden Behörde, die — ohne dabei an die Anträge der Parteien gebunden zu sein — von Amtes wegen die notwendigen Untersuchungshandlungen durchführt, welche einer genauen Abklärung des gesamten Tatbestandes dienen. In diesem Sinne braucht nicht weiter begründet zu werden, weshalb der säumige Streitgenosse auch hier als durch die nicht säumigen vertreten gilt. Soweit ein Streitgenosse über einen Anspruch frei verfügen kann, bleibt ihm das Recht unbenommen, einen Vergleich abzuschließen (Art. 26, al. 5 VRPG), unter den Voraussetzungen des Art. 28

¹ Leuch: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, N 2 zu Art. 38 a. E.

² Leuch a. a. O.

Matti a. a. O. § 27 Mehrheit der Parteien (Streitgenossenschaft) S. 1064 ff.

VRPG die Klage zurückzuziehen oder selbständig ein Rechtsmittel einzulegen, im Falle die übrigen den Entscheid nicht weiterziehen wollen.

Im Verwaltungsprozesse werden wir hauptsächlich auf die materielle Streitgenossenschaft stoßen. In der großrätlichen Beratung über diese Bestimmung — Art. 25 VRPG — wurde denn auch nur von der materiellen Streitgenossenschaft gesprochen, wobei der damalige Finanzdirektor Kunz an den Fall der Nachsteuer gegenüber Erben dachte, die eine solche Streitgenossenschaft bilden³. Weitere Beispiele für eine Streitgenossenschaft sind möglich bei Streitigkeiten bezüglich der Steuertheilung unter Gemeinden oder Unterabteilungen von solchen, falls der Steuerpflichtige gegen den Verteilungsplan Einsprache oder Beschwerde erhebt⁴; Streitigkeiten über Rückerstattungen im Sinne des § 36 A und NG. Der häufigste Fall dürfte jedoch bei Verwandtenbeitragsachen anzutreffen sein. Der Regierungsrat hat sich diesbezüglich veranlaßt gesehen, in einem Kreisschreiben an die Regierungstatthalterämter für sich und zuhanden der Armenbehörden und praktizierenden Anwälte des Kantons Bern zu gelangen⁵.

Nach den Art. 328/329 ZGB, die die §§ 14/15 A und NG ersetzten, sind Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen; die Geschwister können jedoch nur dann zu Beiträgen herangezogen werden, wenn sie sich in günstigen Verhältnissen befinden. Der Anspruch ist vor der zuständigen Behörde des Pflichtigen entweder vom Berechtigten oder von der ihn unterstützenden Armenbehörde geltend zu machen. (Es kann hier darauf verwiesen werden, daß offenbar § 16, al. 1 A und NG ebenfalls obsolet ist, da nach diesem der Regierungstatthalter des Amtsbezirks, in welchem die bedürftige Person ihren Wohnsitz hat — also der Berechtigte — zuständig ist zur Festsetzung des Unterstützungsbeitrages). Nach Art. 7 EG zum ZGB ist zur Festsetzung der Leistung unterstützungspflichtiger Blutsverwandter der Regierungstatthalter sachlich zuständig. Wie wir oben gesehen haben, regelt das ZGB die örtliche Zuständigkeit. Laut Art. 10 des EG zum ZGB gilt für das Verfahren das VRPG, mit der Besonderheit des § 16, al. 3 A und NG, wonach dieses in erster Instanz stempel- und gebührenfrei ist. Der Staat trägt die Auslagen. Vor dem Regierungsrat als oberinstanzlicher Behörde können der unterliegenden Partei Gebühren und Auslagen auferlegt werden.

Die Unterstützungspflicht gemäß Art. 329 ZGB trifft die in gleicher

³ Tagblatt des Großen Rates des Kantons Bern, Jahrgang 1909, S. 72.

⁴ Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Art. 201 ff.

⁵ Kreisschreiben vom 13. 7. 1945.

Stufe erbberechtigten Blutsverwandten gemeinsam. Das Kreisschreiben empfiehlt gestützt auf die gemachten Erfahrungen, wobei oft mehrere Verfahren anstatt ein einziges durchgeführt wurden, die Anwendung des Art. 22 ZPO. Der Staat hat wegen der Kostenlosigkeit des Prozesses für die Parteien kein Interesse daran, daß erhöhte Kosten entstehen, wenn dies vermeidbar ist⁶.

Art. 22 ZPO regelt für die materielle Streitgenossenschaft den Gerichtsstand. Die Klage ist beim Richter anzubringen, in dessen Amtsbezirk die größere Zahl der Beklagten ihren Wohnsitz hat. Der Kläger hat dann die Wahl, wenn die Zahl in zwei oder mehreren Bezirken gleich groß ist. Dies gilt lediglich innerkantonally; denn die Garantie des Wohnsitzrichters gemäß Art. 59 BV darf nicht bezüglich der außerhalb des Kantons wohnenden Unterstützungspflichtigen mißachtet werden. Der Begriff «Rechtsgeschäfte» gemäß Art. 36 ZPO ist im weitern Sinne von Rechtsverhältnis zu verstehen, und dem praktischen Bedürfnis entsprechend ist auch dieser Begriff weit auszulegen⁷. Daß zwischen den pflichtigen Blutsverwandten ein solches Rechtsverhältnis anzunehmen und demnach eine materielle Streitgenossenschaft möglich ist, kann nicht bezweifelt werden. Eine einheitliche Beurteilung ist am Platz. Diese ist aber nur möglich, wenn der Richter die Verhältnisse aller Pflichtigen untersuchen kann, damit eine angemessene Verteilung der Lasten resultiert. Wenn mehrere Richter die gleiche Frage — ob ein Pflichtiger zur Unterstützung herbeigezogen werden kann — beurteilen, besteht die Gefahr, daß jeder in seinem Falle die Verhältnisse als ungünstig erachtet, während er dagegen diejenigen der andern Pflichtigen überschätzt. Der Regierungsrat ersucht deshalb die Anwälte bei dem gemäß Art. 22 ZPO zuständigen Regierungstatthalter sämtliche unterstützungspflichtigen im Kanton wohnhaften Blutsverwandten zu belangen, und die Regierungstatthalter, von Amtes wegen für die Vereinigung der Verfahren besorgt zu sein, wenn ihnen zur Kenntnis gelangt, daß für einen Unterstützungsbedürftigen gleichzeitig vor verschiedenen Richtern Begehren um Festsetzung von Verwandtenbeiträgen anhängig gemacht worden sind⁸.

Wir sehen aus obigem, daß von Amtes wegen eine Vereinigung der Verfahren erfolgen und somit eine Streitgenossenschaft geschaffen werden soll, während wir weiter vorne festgestellt haben, daß Leuch für den Zivilprozeß dem Richter mangels gesetzlicher Bestimmungen eine Ver-

⁶ MBVR Band 43 Nr. 68.

⁷ Leuch a. a. O. N 4 zu Art. 36.

⁸ Kreisschreiben vom 13. 7. 1945.

einigung nicht zubilligt. Der Regierungsrat hat seine Auffassung in zwei Entscheiden bestätigt: mehrere Streitverfahren, die den nämlichen Unterstützungsfall betreffen, werden vor oberer Instanz vereinigt⁹.

Dieser Auffassung kann beigespflichtet werden; denn es bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen, die eine Vereinigung der Verfahren ausschließen würden. Aus Gründen der Prozeßökonomie ist gegenteils eine solche Vereinigung mehrerer Verfahren zu begrüßen. Da der Richter die materielle Wahrheit zu erforschen hat, was ihm sicher nur dann möglich ist, wenn er das gesamte Verhältnis überblicken kann, liegt demnach auch kein Hindernis von Seiten der im Verwaltungsprozesse geltenden Maximen vor. Die Beiladung geht — meiner Ansicht nach — noch weiter.

II. Die Beiladung

1. Zweck und Vorbild dieses Institutes

Das bernische Verwaltungsstreitverfahren zeichnet sich dadurch aus, daß grundsätzlich — mit Ausnahme des Aussöhnungsversuchs (in der Praxis nicht häufig), sowie der Zeugen- und Parteieinvernahmen — die Schriftlichkeit vorgesehen ist. Es gilt im weitern — wie dies bereits ausgeführt wurde — die Offizialmaxime¹⁰. In der Offizialität des Verfahrens und in der Vielseitigkeit der dem Streite zu Grunde liegenden Verhältnisse erblickt Blumenstein die Rechtfertigung der Aufnahme dieses Institutes (Beiladung) in das bernische Verwaltungsrechtspflegengesetz¹¹.

Streitverkündung und Intervention sind gleich wie im preußischen Verwaltungsstreitverfahren dem bernischen unbekannt. Von ersterer spricht das Gesetz überhaupt nicht, während es die Intervention ausdrücklich als ausgeschlossen erklärt. Die Rechtfertigung für deren Ausschluß liegt in der Offizialität des Verfahrens, weil sich damit der Eintritt eines Dritten in einen schwebenden Prozeß — wobei der Anstoß von diesem ausgeht — nicht vereinbaren läßt. Es soll vermieden werden, daß prozeßfremde Elemente in das Verfahren hineingetragen werden, wie dies bei der Intervention im Zivilprozeß oft der Fall ist. Zugleich

⁹ MBVR Band 44 Nr. 38 und 55.

¹⁰ Art. 18/19 VRPG.

¹¹ Blumenstein: Aufgaben und Voraussetzungen der Beiladung im bernischen Verwaltungsprozeßrecht MBV 34 S. 97 ff.

wird dadurch die richterliche Dispositionsbefugnis gemäß der Offzialmaxime gewahrt. Der Richter «hat zu untersuchen und zu entscheiden, ob eine Einbeziehung des Dritten und seiner materiellrechtlichen Interessen in den hängigen Rechtsstreit prozessual tunlich ist und sich mit dessen gesetzlich geregelten Zielen vereinbaren läßt»¹². Ueber den absoluten Ausschluß der Intervention kann auch die vom Berichterstatter des Regierungsrates bei der Beratung des VRPG im Großen Rat vertretene Auffassung, eine Intervention sei im Interesse der Vereinfachung möglich und zulässig, nicht hinwegtäuschen. Falls er die Intervention im Sinne des angeführten Beispiels¹³ verstanden wissen wollte, ist dagegen natürlich nichts einzuwenden. Es handelt sich aber diesfalls nicht um eine Intervention im zivilprozessualen Sinne, sondern vielmehr um eine — rechtlich irrelevante — zulässige Vermittlung.

Es wäre unbillig, dem Dritten strikte zu verwehren, in ein zwischen zwei Parteien hängiges Verfahren resp. Einparteienverfahren einzutreten. Dessen Beiziehung ist oft sogar unerläßlich. Die Entscheidung geht manchmal über die Parteien hinaus, d. h. sie schafft nicht nur Recht zwischen diesen oder für diese, sondern reicht auch in die Interessensphäre von an sich am Verfahren unbeteiligten Dritten. Es ginge nun nicht wohl an, ohne Anhörung solcher Drittinteressierten einen Entscheid zu fällen. Vielmehr muß in derartigen Fällen den durch die Entscheidung möglicherweise unmittelbar betroffenen Dritten Gelegenheit geboten werden, ihrerseits zu Worte zu kommen und ihren Standpunkt darlegen zu können. Dazu soll nun die Beiladung dienen. Wenn eine Entscheidung auch gegenüber Dritten — außerhalb des Verfahrens Stehenden — ihre Wirkungen zeitigen soll — sofern der Entscheid nicht für oder gegen alle wirkt —, so müssen diese dritten Personen beigeladen werden, damit eine Wirkung ihnen gegenüber eintritt. Wird in solchen Fällen die Beiladung unterlassen, so bleibt eine rechtlich relevante Wirkung bezüglich der Dritten aus¹⁴.

Die Beiladung dient aus Gründen der Prozeßökonomie (ein dehnbarer Begriff) zur Vermeidung mehrerer Verfahren, wenn ein einziges genügen könnte, und vor allem zur Verhinderung sich widersprechender Entscheidungen über rechtlich und tatbeständlich gleichartige Streit-sachen und Fragen. Blumenstein führt uns vor Augen, was für Kon-

¹² Blumenstein: MBV 34 S. 97 ff.

¹³ Steuerpflicht einer Person in mehreren Gemeinden. Der Regierungsrat hat die Gemeinden eingeladen, sich vorher zu verständigen. Gab es keine Verständigung, so traf der Regierungsrat seinen Entscheid. (Tagblatt, Jahrgang 1909, S. 72/73.)

¹⁴ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 54.

sequenzen es haben könnte, wenn auf den Dritten nicht gebührend Rücksicht genommen wird: Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege seien namentlich bei der Rechtsbeschwerde regelmäßig Rechtsverhältnisse, die primär durch eine Verwaltungsverfügung zu erledigen seien. Ein Interessengegenstand könne nun unter Umständen kraft der ihm zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse mit demjenigen identisch sein, über den der hängige Prozeß geführt werde; es bedürfe aber zu seiner Auslösung, namentlich damit eine Rechtsbeschwerde ergriffen werden könne, einer besonderen Verwaltungsverfügung, die eventuell noch nicht einmal getroffen worden sei. Das im Streitverfahren gefällte Urteil könne infolge der Gleichartigkeit der Verhältnisse die noch zu treffende Verwaltungsverfügung präjudizieren. Es sei aber sogar möglich, daß durch die Urteilsvollstreckung der Erlaß einer Verwaltungsverfügung in einer andern Sache verunmöglicht werde, weil die tatsächlichen Verhältnisse ihr entgegenstünden. Weder dem Interessierten, noch gegebenenfalls der Verwaltungsbehörde, die die Verfügung zu treffen habe, sei ohne Beiladung eine Einwirkung in das Prozeßverfahren möglich¹⁵.

Die *Offizialmaxime* verlangt die Erforschung der materiellen Wahrheit. Demzufolge soll auch der Dritte gehört werden, weil er dem Richter möglicherweise dazu verhelfen kann, den richtigen Entscheid zu fällen. Er kann ihm allfällig neue Aspekte und Beweismittel ins Verfahren tragen und damit zur Hand geben, ohne die der Richter anders entschieden hätte.

Es sei hier darauf verwiesen, wie die Einführung dieses Institutes in das Gesetz vom Berichterstatter des Regierungsrates in den Beratungen des Großen Rates begründet und dessen Zweck dargelegt wurde: Das Institut der Beiladung werde in $\frac{9}{10}$ aller Fälle die Streitverkündung und die Nennung des eigentlichen Beklagten überflüssig machen und sich sehr zweckmäßig erweisen. Es sei jüngst ein Fall behandelt worden, in welchem die Bezahlung der Kosten eines Feuerweihers in einer Gemeinde des Mittellandes strittig war. Die betreffende große politische Gemeinde habe verschiedene Viertels- wie auch Weg- und Schulgemeinden aufgewiesen. Eine der Weggemeinden habe auf Veranlassung der kantonalen Brandversicherungsanstalt einen Feuerweiher angelegt und erklärt, die Kosten müßten von der Gemeinde, jedenfalls aber von der betreffenden Viertelsgemeinde bestritten werden. Darüber sei zwischen der Gemeinde und der Weggemeinde Streit entstanden. Nach Auffassung des Regierungsrates sei gemäß der dortigen Organisation die sog. Viertels-

¹⁵ Blumenstein: MBV 34 S. 97 ff.

gemeinde zahlungspflichtig unter Herbeiziehung der Hauseigentümer zu entsprechenden Beitragsleistungen. Diese sei aber in dem vom Regierungsrat zu beurteilenden Streite gar nicht ins Recht gefaßt worden, und der Regierungsrat habe sie auch nicht ins Recht fassen können, da sie nicht beklagt gewesen sei. «Das will der Verwaltungsprozeß für die Zukunft vermeiden und ermöglichen, daß der Dritte sofort beigeladen, und der Streit entschieden werden kann. Es soll deshalb nicht ein neues Verfahren eingeleitet werden müssen, weil der Prozeß nicht gegen den Dritten eingeleitet war, sondern dieser Dritte soll ohne weiteres beigeladen werden können»¹⁶.

Als Vorbild für die Bestimmung bezüglich der Beiladung im VRPG hat § 70 des preußischen Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 gedient. Diese Bestimmung ist fast wörtlich vom bernischen Verwaltungsrechtspflegegesetz übernommen worden. Ergänzend wurden lediglich einige weitere Ausführungen in bezug auf die Wirkungen, je nach Teilnahme oder Nichtteilnahme des Beigeladenen am Verfahren — vor allem bezüglich der Kosten — gemacht.

2. Die Voraussetzungen der Beiladung

Art. 25, al. 2 VRPG lautet:

«Eine Intervention dritter Personen im Verfahren ist ausgeschlossen. Dagegen kann die urteilende Behörde auf Antrag oder von Amtes wegen die Beiladung Dritter, deren Interessen durch die zu fällende Entscheidung berührt werden, verfügen. Die Entscheidung ist in diesem Falle auch dem Beigeladenen gegenüber verbindlich, gleichgültig, ob er am Verfahren teilgenommen hat oder nicht. Die Vorschriften über die Kostenpflicht (Art. 39 und 40 des Gesetzes) finden aber auf ihn nur im Falle einer Teilnahme am Verfahren Anwendung.»

Intervention und Streitverkündung sind ausgeschlossen. Es soll nicht den Parteien anheimgestellt sein, einen bisher am Verfahren nicht beteiligten Dritten hineinzuziehen, indem sie ihm den Streit verkünden und ihn dadurch zu einer mehr oder weniger aktiven Teilnahme am Verfahren bewegen wollen. Aber auch der Dritte kann sich nicht spontan im Verfahren einfinden, auch wenn er ein rechtliches Interesse am Ausgang des zwischen den Parteien hängigen Streites hat. Wir haben im französischen Recht gesehen, daß dort die Intervention in solchen Fällen möglich ist. Die Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung

¹⁶ Tagblatt des Großen Rates, Jahrgang 1909, S. 72/73.

sung der Intervention liegt aber bei der Behörde¹⁷. Die Gründe des Ausschlusses von Streitverkündung und Intervention sind unter Ziffer 1 hier-
vor angeführt worden.

Nach dem Gesetz befindet die urteilende Behörde darüber, ob ein Dritter am Verfahren teilnehmen, d. h. ob diesem die Möglichkeit einer Teilnahme angeboten werden soll. Unter der «urteilenden Behörde» muß in erster Linie eine Verwaltungsjustizbehörde verstanden werden. Es ist jedoch angebracht, wenn nicht nur bei der urteilsmäßigen Erledigung von Verwaltungsstreitigkeiten die damit befaßte Behörde auf Drittinteressen Rücksicht nimmt und eine Beiladung verfügt, sondern schon früher die Verwaltungsbehörde allfällige Interessen Dritter berücksichtigt, indem sie diese anhört, um einen Streit wenn möglich a priori zu vermeiden. Dies im Sinne der «Intervention», wie sie vom Berichterstatter des Regierungsrates propagiert wurde¹⁸.

Die urteilende Behörde kann — wie dieses «kann» zu interpretieren ist, wird weiter unten untersucht werden — auf Antrag oder von Amtes wegen die Beiladung anordnen. Sie wird von Amtes wegen den Dritten ins Verfahren rufen, wenn augenscheinlich ist, daß der Entscheid in der Sache für diesen von rechtlicher Bedeutung sein wird. Von wem der Antrag ausgehen muß, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Es ist deshalb zu folgern, daß nicht nur eine Partei den Antrag auf Beiladung stellen kann, sondern auch derjenige, der zum Verfahren beigeladen zu werden wünscht. Theoretisch wäre auch denkbar, daß ein Unbeteiligter beantragt, es sei eine bestimmte Person beizuladen. Es wäre diesfalls von Amtes wegen eine Beiladung zu verfügen, wenn die Behörde bei Prüfung, ob deren Interessen berührt werden, zu einem positiven Ergebnis käme. Obschon das Gesetz über die Formalitäten des Antrages nichts ausführt, empfiehlt es sich, diesen unter Angabe der Gründe zu erheben. Damit wird es der urteilenden Behörde erleichtert, festzustellen, ob schützenswerte Drittinteressen durch die Entscheidung tangiert werden.

Die Beiladung kann verfügt werden, wenn die Interessen Dritter durch die zu fällende Entscheidung «berührt» werden.

Blumenstein führt dazu aus, es sei nicht erforderlich, daß durch die

¹⁷ Vgl. II. Kapitel II A Ziff. 3.

¹⁸ Tagblatt, Jahrgang 1909, S. 72/73.

Um eine Intervention im Sinne des Art. 44 ZPO kann es sich deshalb nicht handeln, weil die Behörde eine neutrale Haltung einnimmt. Es mangelt ihr somit das rechtliche Interesse, daß der Rechtsstreit zugunsten der einen Partei ausgehe. Im weitem ist ihre «Interventions»tätigkeit darauf gerichtet, einen Prozeß wenn möglich zu vermeiden. Sie tritt bei ihrer Schlichtungstätigkeit somit nicht in einen hängigen Prozeß ein. Vgl. auch S. 58 hiavor.

Entscheidung eine endgültige und abschließende urteilsmäßige Feststellung oder Gestaltung der Interessen des Dritten stattfinde. Ungenügend sei auf der andern Seite, daß durch den Entscheid bloß ein Präjudiz für künftige Fälle geschaffen werde, oder die durch den Entscheid zu treffende Auslegung rechtlicher Vorschriften auch für eine künftige Beurteilung der Interessen des Dritten von Bedeutung sei. Die Interessen müßten durch die zu fällende Entscheidung tatsächlich berührt werden. Dies sei dann der Fall, wenn durch den Entscheid eine Präjudizialfrage hinsichtlich ihrer rechtlichen Ordnung abschließend beurteilt *und* wenn durch die Vollstreckung die Interessen des Dritten tatsächlich beeinflußt werden, so daß eine spätere Entscheidung vor einem *fait accompli* stehen würde¹⁹.

Der Einfluß eines Entscheides auf die Interessen eines Dritten kann ein mittelbarer oder ein unmittelbarer sein. Die Abklärung, ob Interessen eines Dritten allfällig beeinflußt werden, ist nicht immer leicht. Wenn der Einfluß ein direkter ist — beispielsweise je nach dem Entscheid ein Regreß gegeben oder nicht gegeben ist —, läßt sich die Interessenlage des Dritten für den Richter eher feststellen. Es kann sich aber erst später erweisen, daß der Entscheid auch Drittinteressen berührte. Wenn in solchen Fällen eine Beiladung unterlassen wurde, so kann selbstverständlich den Richter dafür kein Vorwurf treffen. Das Gesetz spricht nicht davon, es sei eine Beiladung anzuordnen, wenn die Interessen des Dritten «berührt werden könnten», wie dies Mohrmann im preußischen Recht vertritt: schon die bloße Möglichkeit einer Verletzung soll zur Beiladung genügen²⁰. Ein Entscheid des Regierungsrates aus dem Jahre 1921 ging jedoch dahin, der Richter könne eine Beiladung anordnen, wenn zu *erwarten* sei, daß Drittinteressen berührt wurden²¹. In der Praxis wird sich oft ergeben, wann und wessen Interessen durch den Entscheid berührt werden können. Der Verwaltungsrichter wird auf Grund seiner Erfahrung in der Lage sein, dies abzuwägen. Der Kreis der Dritten, deren Interessenlage in concreto durch den Entscheid in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, ist je nach dem Fall kleiner oder größer und dürfte der urteilenden Behörde meist bekannt sein. Vom Richter wird nicht verlangt, zum vornherein alle Möglichkeiten abschätzen zu können. Es dürfte aber im Interesse der Vermeidung von Doppelspurigkeiten und zur Verhinderung unnötiger weiterer Prozesse am Platze sein, eine Berührung von Drittinteressen in weitherzigem Maße

¹⁹ Blumenstein: MBV 34 S. 97 ff.

²⁰ Siehe S. 30. hiervor.

²¹ MBV 19 Nr. 88.

anzunehmen. Eine unnötigerweise vorgenommene Beiladung verletzt niemanden in seinen Rechten, während umgekehrt eine versäumte zu rechtlich unhaltbaren Konsequenzen und zu neuen vermeidbaren Streitigkeiten führen kann. Im Zweifel sollte deshalb der Richter eine Beeinflussung von Drittinteressen bejahen und demzufolge die Beiladung verfügen.

Die Beiladung kann verfügt werden, wenn die «Interessen» Dritter durch die zu fällende Entscheidung berührt werden. Es wird hier schlechthin von einem Interesse gesprochen und nicht etwa von einem rechtlichen Interesse, wie dies z. B. in Art. 44 der bernischen ZPO bei der Intervention oder im Gesetz für Braunschweig, resp. Sachsen²² vorgesehen ist. Auch im bernischen Verwaltungstreit soll nun aber nicht jedes Interesse zu einer Beiladung berechtigen. Ein bloßes Interesse des Dritten — für den der zu fällende Entscheid weder im positiven noch im negativen Sinne von Bedeutung sein kann —, daß «seine» Partei obsiege, genügt logischerweise nicht dazu, daß er mit Erfolg seine Einbeziehung ins Verfahren verlangen könnte. Sein Interesse muß gegenstandsrechtlicher Natur sein, in dem Sinne, daß für ihn durch den Entscheid eine Berechtigung oder eine Verpflichtung erwächst oder erwachsen könnte (z. B. beim Wegfall des Erstverpflichteten, für den nun der Dritte eintreten muß). Eine Beiladung drängt sich umso mehr auf, wenn nicht nur rechtliche Interessen des Dritten, sondern gar Rechte durch die zu fällende Entscheidung in Mitleidenschaft gezogen werden.

In diesem Sinne muß der Ausdruck «Interesse» in Art. 25 VRPG verstanden werden.

Die urteilende Behörde kann eine Beiladung «verfügen». Wie weiter oben ausgeführt wurde, sind bezüglich der Antragstellung zur Beiladung keine Formen vorgeschrieben. Auch die Verfügung der Beiladung ist an keine Formvorschriften gebunden. Es ist aber auch hier empfehlenswert, wenn die Behörde den Dritten unter Bekanntgabe des Grundes — soweit ihr ein solcher bekannt ist — beiladet. Der Dritte kann dann eher abschätzen, inwieweit seine Interessen durch den zu fällenden Entscheid berührt werden und sich demnach verhalten. Das Gesetz verlangt aber keine förmliche Verfügung, so daß bereits in der Tatsache, daß einem Dritten Akten zugestellt resp. Vorkehren von ihm entgegengenommen werden, eine Beiladung erblickt werden muß. In diesem Sinne gehen die Entscheide des Regierungsrates, die davon sprechen, eine «tatsächlich» stattgehabte Beiladung sei zu genehmigen, resp. es genüge, wenn ein

²² Vgl. S. 23/24 hiervor.

Dritter wie ein Beigeladener behandelt worden sei, wenngleich er nicht förmlich beigeladen wurde, fehl²³. Das Behandeln eines Dritten wie einen Beigeladenen ist einer Beiladung gleich zu setzen.

3. Kann oder muß die urteilende Behörde beiladen?

Ueber diese Frage herrscht zwischen dem Regierungsrat und Blumenstein, dem Schöpfer des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, eine Kontroverse. Ersterer huldigt der Auffassung, die Beiladung liege im freien Ermessen der Behörde, während letzterer die Ansicht vertritt, die urteilende Behörde müsse unter bestimmten Voraussetzungen eine Beiladung anordnen.

Obschon der Regierungsrat glaubt, das freie Ermessen der Behörde spiele bei der Beiladung die ausschlaggebende Rolle, ist er in der Praxis nicht so bestimmt. Es lassen sich nämlich Entscheide finden, die ebenfalls von einem «müssen» sprechen, d. h. es der urteilenden Behörde zur Pflicht machen, eine Beiladung zu verfügen.

Ich gehe zuerst auf die Entscheide ein, die es der urteilenden Behörde anheimgestellt sehen wollen, eine Beiladung zu verfügen oder zu verweigern. Diesen werde ich die gegenteilige Auffassung Blumensteins, die — wie gesagt — durch mehrere Entscheide des Regierungsrates auch wieder unterstützt wird, gegenüberstellen.

Die Beiladung liege im freien Ermessen der urteilenden Behörde. Sie soll darüber befinden können, ob weitere Personen beizuladen sind oder nicht²⁴. Beim Entscheid über die Zulassung oder Verweigerung der Beiladung handelt es sich um eine prozeßleitende Verfügung, auf welche sowohl die erste wie im Falle des Rekurses an den Regierungsrat die zweite Instanz jederzeit zurückkommen könne²⁵. Daß der Regierungstatthalter nicht zur Beiladung «gezwungen» werden kann, scheint klar. In einem Entscheid finden wir nämlich in den Motiven einen diesbezüglichen Passus. Ich kann mir nun nicht recht vorstellen, worin dieser «Zwang» von Seiten des Antragstellers gegen die urteilende Behörde — Statthalter — bestehen sollte. Hingegen geht die Auffassung des Regierungsrates, daß der Entscheid des Statthalters auf Abweisung der Beiladung nicht an die obere Instanz weitergezogen werden könne, fehl²⁶. Die Begründung in diesen beiden Entscheiden, weshalb die Beiladung

²³ MBV Band 16 Nr. 52 und Band 34 Nr. 186.

²⁴ Vgl. dazu die Entscheide in MBV Band 14 Nr. 75, Bd. 34 Nr. 92 und 201, Bd. 37 Nr. 211.

²⁵ MBV Band 34 Nr. 201.

²⁶ MBV Band 34 Nr. 92, Bd. 37 Nr. 211.

im Ermessen der urteilenden Behörde stehen soll, ist alles andere denn überzeugend. Im einen Falle wird nämlich anerkannt, daß die Beiladung der Gemeinde Be zweckmäßig gewesen wäre, was trotzdem nicht hindert, zu erklären — da nun eben diese Beiladung unterlassen wurde —, die urteilende Behörde entscheide mehr oder weniger selbstherrlich darüber. Ohne weitere Begründung wird im andern Falle die Meinung geäußert, die Beiladung sei aus Gründen der Prozeßökonomie nicht erfolgt. Daß dies ein dehnbarer Begriff ist, der sich leicht zur Begründung von pro wie contra mißbrauchen läßt, wird wohl jedem einleuchten.

In einem grundsätzlichen Entscheid über die Frage der Beiladung²⁷ ist immerhin festgehalten worden, daß das freie Ermessen des Richters, eine Beiladung anzuordnen oder einen solchen Antrag abzuweisen, nicht Willkür bedeuten dürfe. Gegen ein willkürliches Vorgehen des Richters oder gegen eine Ermessensüberschreitung sei die Beschwerde gemäß Art. 45, al. 2 VRPG gegeben. Im weitem wird dort argumentiert, daß selbst wenn die Voraussetzungen einer Beiladung an sich erfüllt seien, d. h. die Interessen des Beigeladenen durch die zu fällende Entscheidung berührt werden, der Erlaß derselben weiterhin im Ermessen der urteilenden Behörde liege. In casu habe sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt gestellt, wenn genügend Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Beiladung erwiesen seien, dann müsse die Behörde eine solche verfügen. Die Beiladung sei dann nicht mehr reine Ermessenssache der urteilenden Behörde. Der Regierungsrat hält aber dafür, daß für eine derartige Argumentation der Gesetzestext entgegenstehe. Nur wenn zwingende Gründe vorlägen — was hier nicht der Fall sei —, könnte sich der Regierungsrat dieser Auslegung anschließen. Infolge der weiten Fassung dieses Artikels sei eine restriktive Interpretation am Platze; denn das Gesetz umschreibe die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beiladung allzuweit. Die Einschränkung, die geboten sei, liege nun eben darin, daß es dem freien Ermessen des Richters überlassen sein solle, ob er eine Beiladung als zweckmäßig erachte oder nicht. Es sei sonst nicht recht ersichtlich, weshalb die Streitverkündung und die Intervention, die ja auch ein Interesse am Ausgang des Prozesses haben, im Verwaltungsstreitverfahren ausgeschlossen seien²⁸. Mit dem Ausschluß der Intervention sei doch offenbar dargetan worden, daß ein Anspruch eines am Urteil interessierten Dritten auf Teilnahme am Verfahren nicht bestehe, vielmehr das Interesse des Dritten nicht ausreichend sei. Es sei

²⁷ MBV Band 34 Nr. 201.

²⁸ Für die Gründe des Ausschlusses von Intervention und Streitverkündung vgl. Ziffer 1 hiavor.

demnach Sache des Richters, zu prüfen, ob eine Beiladung, d. h. eine Beteiligung des Dritten am Verfahren, gerechtfertigt sei oder nicht.

«Im Beschwerdeverfahren gegenüber Verfügungen der Vormundschaftsbehörde betreffend die Rückgabe der elterlichen Gewalt können die Pflegeeltern beigelegt werden.» Die in erster Instanz «tatsächlich» stattgehabte Beiladung sei zu genehmigen, da die Pflegeeltern zum Rekurs legitimiert gewesen seien. Der Regierungsstatthalter II von Bern habe sie nämlich als Prozeßparteien behandelt und ihnen dementsprechend den Entscheid förmlich eröffnet²⁹. Auch hier wieder die Ansicht, der Richter könne — nach freiem Ermessen — eine Beiladung verfügen oder verweigern. Aus den diesbezüglichen Motiven — soweit sie veröffentlicht wurden — ist leider nicht ersichtlich, wie weit in diesem Falle die Beiladung ging. Ob diese erst durch die förmliche Zustellung des Entscheides erfolgte — was gewisse weiter unten zu behandelnde Konsequenzen zeitigt —, oder ob die Pflegeeltern ohne förmliche Beiladung am Verfahren vor dem Entscheid teilgenommen haben, läßt sich nicht feststellen. Aus dem Passus «die in erster Instanz tatsächlich stattgehabte Beiladung sei zu genehmigen» muß eher gefolgert werden, daß keine förmliche Beiladung — was meiner Ansicht nach auch gar nicht erforderlich ist³⁰ — erfolgte. Eine tatsächliche Beiladung gibt es nicht. Der Dritte ist beigelegt, sobald die urteilende Behörde in einem hängigen Verfahren in rechtlich erheblicher Weise — Zustellung von Akten, Eröffnung von Verfügungen, also in einem Tun (und nicht bloßen Dulden wie Entgegennahme von Vorkehren des Dritten, ohne darauf materiell einzugehen) — an den Dritten gelangt³¹.

Einleuchtender ist die Ansicht Blumensteins, die er in der schon mehrfach zitierten Abhandlung — MBV Band 34 Seite 97 ff — vertritt. Er führt zu dieser Frage u. a. aus, es sei begreiflich, daß die Abschätzung, ob eine Beiladung am Platze sei, nicht in das Belieben des Dritten gestellt werden könne. «Infolgedessen gehört es zu den Amtspflichten des Administrativrichters, allfällig ihm bekannt werdende Tatsachen, die für eine Beiladung sprechen, von Amtes wegen in Erwägung zu ziehen und je nach dem Ausfall seiner Ueberprüfung, die Beiladung anzuordnen.» Wenn nicht ein Antrag des Dritten auf Vornahme einer Beiladung vorliege, sei es mehr oder weniger vom Zufall abhängig, ob dem Verwaltungsrichter die Voraussetzungen einer Beiladung zur Kenntnis gelangten. Untunlich sei es, den Richter von Gesetzes wegen zu verpflichten,

²⁹ MBV Band 16 Nr. 52.

³⁰ Siehe Ziffer 2 a. E. hiavor.

³¹ Vgl. MBV Band 34 Nr. 186.

diese Möglichkeiten zu eruieren. Mit Rücksicht darauf heiße es, der Richter könne die Beiladung verfügen. Damit sei aber die Beiladung nicht in das freie Ermessen des Richters gestellt. Es sei auch nicht festgelegt, daß die Parteien keinen Rechtsanspruch auf die Vornahme einer Beiladung besäßen. Eine solche Auffassung müßte zur Willkür und zur Verletzung der formellen Rechtsgleichheit nach Art. 4 BV führen. Im einen Falle würde dann die Beiladung erfolgen, während im andern — auch beim Vorliegen eines Antrages — eine Abweisung Platz greifen würde. Der Entscheid, der zur Beiladung führe, sei kein reiner Ermessensentscheid. Sobald nämlich der Richter die Ueberzeugung gewinne, daß genügende Anhaltspunkte für die Vornahme einer Beiladung vorhanden seien, so müsse eine solche erfolgen. Der freien Ueberprüfung des Richters unterstehe lediglich die Frage, ob die Voraussetzungen einer Beiladung vorhanden seien. In bezug auf die Ueberprüfung dieser Voraussetzungen sei allerdings dem freien Ermessen des Richters Spielraum zu lassen. Tatsächlich sei es nicht möglich, nach dieser Richtung bindende Grundsätze und Richtlinien aufzustellen. Dies erhelle schon aus der gesetzlichen Umschreibung der Voraussetzungen der Beiladung, indem es heiße, der Entscheid brauche die Interessen lediglich zu berühren. Ob auf einen gestellten Antrag eine Beiladung erfolgen müsse, hänge davon ab, ob der Richter bei objektiver Prüfung feststelle, daß die Interessen des Antragstellers oder des Dritten durch die zu fällende Entscheidung berührt werden. Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, so könne der Richter ohne Rechtsungleichheit die verlangte Beiladung nicht verweigern, da er sie unter Umständen in einem andern Falle zugelassen habe oder künftig zulassen werde. Der Antragsteller genieße unter diesen Voraussetzungen einen *rechtlichen* Anspruch auf die Vornahme der Beiladung. Sie sei als gesetzliche Rechtshilfe im Sinne des Art. 45, al. 2 VRPG anzusehen. Gegen deren Verweigerung sei die Prozeßbeschwerde gegeben.

Der Auffassung des Regierungsrates im weiter vorne zitierten Entscheid³², es wäre zweckmäßig gewesen, eine Beiladung zu verfügen, was aber durchaus im Ermessen der Behörde liege, kann nicht zugestimmt werden. Wenn die Zweckmäßigkeit einer versäumten Beiladung verneint werden muß, mit andern Worten, eine solche als berechtigt anzusehen ist, so ist es Pflicht der obern Instanz, den Fehler gutzumachen und Versäumtes nachzuholen. Sie muß diesfalls von Amtes wegen die Beiladung verfügen. Dieses Institut wäre sonst schlechterdings zwecklos, wenn nicht gerade in derartigen Fällen, in denen nachträglich festge-

³² MBV Band 34 Nr. 92.

stellt wird, daß eine Beiladung am Platze gewesen wäre — weil offensichtlich die Interessen des Dritten durch die zu fällende Entscheidung berührt wurden —, davon Gebrauch gemacht wird.

Wie ich eingangs dieser Ziffer antönte, ist trotz der kategorischen Stellungnahme des Regierungsrates, wonach die Beiladung im Ermessen der urteilenden Behörde liege, seine Praxis nicht derart eindeutig gewesen.

So hat er zum Beispiel festgehalten, daß in einem Unterstützungsstreit gegenüber einer am Verfahren nicht beteiligten Gemeinde ein Entscheid nur gefällt werden kann, wenn diese beigeladen wird. In casu hat die Unterlassung der Beiladung zur Kassation geführt, da der beteiligten Gemeinde das rechtliche Gehör, die Gelegenheit zur Stellungnahme, verweigert worden sei. Darin erblickte die urteilende Behörde einen schwerwiegenden Verstoß gegen die fundamentalen Grundsätze eines geordneten Prozeßverfahrens³³.

Wenn sich im Verlaufe eines Wohnsitzstreites ergibt, daß eine dritte, bisher am Verfahren nicht beteiligte Gemeinde unterstützungspflichtig ist, so *muß* dieselbe beigeladen werden, und es wirkt das zu fällende Urteil auch ihr gegenüber, gleichgültig, ob sie sich am Prozeß beteiligt oder nicht³⁴. Dieser Auffassung muß beigepflichtet werden, jedoch nicht der weitem, es sei die aufgestellte Behauptung der beigeladenen Gemeinde, eine andere Gemeinde sei letzte Wohnsitzgemeinde, nicht nachzuprüfen, falls die erstere am Prozesse nicht teilnehme. Die beigeladene Gemeinde solle am Verfahren teilnehmen und dort ihren Einwand beweisen. Diese Ansicht ist falsch. Die urteilende Behörde hat in einem solchen Falle von Amtes wegen zu prüfen, ob die Argumente der beigeladenen Gemeinde stichhaltig sind. Sie hat die materielle Wahrheit zu erforschen. Wenn sie demnach bei ihrer Ueberprüfung zum Schlusse gelangt, die Einwände der beigeladenen, aber am Verfahren nicht «teilnehmenden» Gemeinde, (meiner Ansicht nach ist nämlich das Erheben von Einwänden bereits als eine Teilnahmehandlung anzusprechen) seien berechtigt, so ist sie gehalten, statt dieser, oder zu dieser, die andere Gemeinde beizuladen. Widrigenfalls setzt sie sich dem Vorwurf aus, das rechtliche Gehör verweigert zu haben.

Die Auffassung, es liege eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs vor, wenn in einem Administrativurteil einem am Verfahren nicht beteiligten Dritten Leistungen auferlegt werden, ohne daß diesem Gelegenheit gegeben worden sei, im Verfahren als Partei Stel-

³³ MBV Band 12 Nr. 217.

³⁴ MBV Band 13 Nr. 156.

lung zu nehmen, hat der Regierungsrat in einem weitem Erkenntnis wiederholt³⁵. Er interpretiert darin den Art. 25 VRPG sogar noch extensiver, sagt er doch in den Motiven, diese Bestimmung sei gegeben, wenn zu erwarten sei, daß durch den Entscheid die Interessen Dritter berührt werden, mit andern Worten, wenn die Drittinteressen «berührt werden könnten».

Späteren Entscheiden ist zu entnehmen, daß beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Richter die Beiladung anordnen muß:

«Erbringt die rückgriffsberechtigte Gemeinde im Laufe des Prozeßverfahrens den Nachweis, daß nicht sie, sondern eine andere Gemeinde als letzte Wohnsitzgemeinde in Betracht fällt, so ist an ihrer Stelle diese letztere ins Recht zu fassen, was regelmäßig durch Beiladung gemäß Art. 25, 2 VRPG zu geschehen hat»³⁶.

Ebenso bestimmt lautet: «Wird im Etatstreit die Rückschreibung des Unterstützten in das Wohnsitzregister einer dritten Gemeinde verlangt, so ist diese beizuladen»³⁷. Eine formelle Beiladung erfolgte nicht. Der Regierungsrat vertrat jedoch die Meinung, daß der Regierungsstatthalter hätte beiladen müssen — was ja geschehen ist. Er hat in der Folge die «tatsächliche» Beiladung gelten lassen, indem er auf den Rekurs der Drittgemeinde eingetreten ist. Der Wille des Regierungsstatthalters, die Beiladung anzuordnen, habe nämlich daraus gefolgert werden können, daß er in eine Reihe an die Gemeinde S. gerichteter Fragen auch diejenige aufgenommen habe, ob S. einen Aussöhnungsversuch verlange. Die Gemeinde S. habe sich denn auch als beigeladen erachtet.

Fällt einem Rückerstattungspflichtigen später Vermögen an, so sollen sämtliche unterstützenden Gemeinden daran anteilmäßig partizipieren können. Wenn nur eine Gemeinde ihren Rückerstattungsanspruch einlegt, «so sind die übrigen beizuladen». Nichtgeltendmachung des Anspruches im Verfahren gilt als Verzicht auf den Anteil an der Rückerstattung³⁸. Dieser Argumentation darf man zustimmen. Es wäre nämlich unbillig, in einem solchen Falle der klagenden Gemeinde, die als erste von dem Vermögensanfall Kenntnis erhalten haben mag und nun ihren Anspruch geltend machte, alles zuzusprechen und daneben die andern Gemeinden leer ausgehen zu lassen. Blumenstein äußert dazu lediglich Bedenken, ob der urteilende Verwaltungsrichter durch eine Verfügung der vorgesetzten Behörde angewiesen werden könne, von

³⁵ MBV Band 19 Nr. 88.

³⁶ MBV Band 29 Nr. 107.

³⁷ MBV Band 41 Nr. 203.

³⁸ MBV Band 44 Nr. 127.

Amtes wegen eine Beiladung zu erlassen. Hierfür entbehre es nämlich der gesetzlichen Begründetheit, wenn man daneben am ungebundenen freien Ermessen des Beiladungsrichters festhalten wolle³⁹.

Es sei schließlich noch auf einen der neuesten Entscheide verwiesen. Wenn in einem Etatstreit über die Aufnahme einer Person gestritten wird, und gleichzeitig bezüglich dieser ein Wohnsitzstreit hängig oder bevorstehend ist, so ist die im Wohnsitzstreit beklagte Gemeinde zum Etatstreit beizuladen⁴⁰. Unter solchen Umständen muß demnach eine Beiladung erfolgen.

Es liegt im Interesse der Schaffung einer klaren Rechtslage und der Rechtssicherheit, unmißverständlich zu umschreiben, wann eine Beiladung zu erfolgen hat. Demzufolge können Ansichten wie «eine Beiladung wäre an sich zweckmäßig gewesen, doch liege der Entscheid darüber im freien Ermessen der urteilenden Behörde»⁴¹, nicht aufrechterhalten bleiben. Eine bestimmtere Stellungnahme drängt sich auf. Beharrt der Regierungsrat auf seiner bisherigen Praxis, so wird die Beiladung nicht die vom Gesetzgeber beabsichtigten Wirkungen zeitigen können. Doppelspurigkeiten und Rechtsungleichheiten ließen sich diesfalls nicht vermeiden. Die Gefahr der Ermessensüberschreitung und Willkür — sofern man der Ansicht des Regierungsrates beipflichtet — ist doppelter Natur: Dem Verwaltungsrichter steht es einmal zu, nach freiem Ermessen die Gründe zu überprüfen, die auf eine Berührung von Drittinteressen infolge des zu fällenden Entscheides hindeuten. Zudem soll er auch beim Vorliegen von Gründen, die an sich die Beiladung rechtfertigen würden, eine solche nach freiem Ermessen anordnen oder verweigern können. Dies geht zu weit. Sobald der Richter feststellt, daß die Interessen des Dritten durch die zu fällende Entscheidung berührt werden, *muß* er eine Beiladung verfügen. Jede andere Ansicht geht fehl.

Daß die gegenteilige Auffassung des Regierungsrates noch anderswo vertreten wird, beweist Art. 7 der Verordnung über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat des Kantons Graubünden vom 1. Dezember 1942, der davon spricht, daß Drittpersonen durch die Rekursbehörde oder durch das antragstellende Departement auf Antrag oder von Amtes wegen beigeladen werden *sollen*, wenn deren individuellen Rechte oder rechtlich anerkannten Interessen durch den zu fällenden Entscheid unmittelbar betroffen werden⁴².

³⁹ Blumenstein: MBV Band 44 S. 321 ff.

⁴⁰ MBV Band 45 Nr. 21.

⁴¹ MBV Band 34 Nr. 92.

⁴² Vgl. IV. Kapitel.

Es war in dieser Ziffer viel die Rede vom Ermessen. Deshalb sei hier kurz dargetan, was dieser Begriff bedeutet.

In der Verwaltung spielt das Ermessen eine größere Rolle als in der Justiz. Für die erstere besteht weniger Gebundenheit. Von einem wirklichen Ermessen kann nur gesprochen werden, wenn das Gesetz für eine Maßnahme auf eine Wertung abstellt, welche die Behörde im einzelnen Fall nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen vorzunehmen hat⁴³.

Bei Gesetzesbestimmungen mit mehr oder weniger unbestimmtem Inhalt kann nicht von einem eigentlichen Ermessen gesprochen werden. Absolut zweifelsfreie gesetzliche Vorschriften finden sich selten vor. Das Gesetz selber beabsichtigt oft eine gewollte Mehrdeutigkeit, die das Wesen des freien Ermessens ausmacht. Dies darf aber nicht mit einer bloßen Unbestimmtheit des Gesetzes identifiziert werden. Bekanntlich werden in besten Treuen oft verschiedene Lösungen vertreten, und es gilt, die dem Gesetze konforme zu finden. Ob ein unbestimmter gesetzlicher Begriff wie z. B. «gute Sitten, Treu und Glauben» etc. mehr- oder eindeutig gemeint ist, muß von Fall zu Fall untersucht werden. Wenn aber nur eine Entscheidung richtig sein kann, so darf von einem freien Ermessen überhaupt nicht mehr gesprochen werden. Liegt hingegen eine vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit vor, dann besteht für den Einzelnen kein subjektiver Anspruch darauf, daß von mehreren *rechtlich möglichen und gleichwertigen* Lösungen die eine und nicht die andere getroffen wird. Wenn das Gesetz beispielsweise eine Maßnahme in das Ermessen der Behörde legt — was etwa durch «die Behörde kann» angedeutet wird —, so will es damit dem Einzelnen kein Recht darauf einräumen. Solange sich nämlich die Behörde in den Schranken des rechtlich Zulässigen bewegt, ist alles in Ordnung. «Von Ermessensmißbrauch spricht man, wo ein Entscheid zwar an sich innerhalb des gesetzlichen Ermessensrahmens verbleibt, aber auf unsachlichen Motiven beruht, sei es, daß sie willkürlich sind, oder doch bei einem Entscheid dieser Art nach dem Gesetz nicht in Betracht kommen dürfen»⁴⁴.

Mit dem «Ermessen» darf eine Behörde nicht ihr unterlaufene Fehler begründen. Sie soll vielmehr solche Irrtümer nicht die Partei büßen lassen. Wenn dies irgendwie angängig ist, soll sie selbst unter Preisgabe der regelmäßigen Formenstrenge den begangenen Fehler wieder gutmachen⁴⁵.

Die Ansicht Kirchhofers, wonach das freie Ermessen der Behörde

⁴³ Kirchhofer a. a. O. S. 50 ff.

⁴⁴ Kirchhofer a. a. O. S. 53.

⁴⁵ Tezner: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden S. 47.

Platz greift, wenn das Gesetz von «kann» spricht, stützt offenbar die Ansicht des Regierungsrates. Diese Unterstützung ist meiner Auffassung nach nur eine scheinbare. Es darf nämlich nicht außer acht gelassen werden, daß dies lediglich für den Entscheid in der Sache selber, mit andern Worten bei materieller Beurteilung eines Streitfalles — der in guten Treuen positiv oder negativ entschieden werden kann —, Geltung haben darf. Beim Entscheid über die Vornahme oder Verweigerung der Beiladung handelt es sich aber nur um eine prozessuale Verfügung, eine allerdings weitreichende und folgenschwere. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Beiladung vor, d. h. werden die Interessen eines Dritten berührt — sofern es sich hierbei um schützenswerte Interessen handelt, und dies die Behörde auch feststellen kann —, darf nicht mehr von verschiedenen «rechtlich möglichen und gleichwertigen Lösungen» gesprochen werden. Es gibt hier nur eine einzige Lösung: die Verfügung der Beiladung. Etwas anderes ist Ermessensüberschreitung oder gar Willkür und soll durch Beschwerde gerügt werden können.

Das «kann» in Art. 25, al. 2 VRPG hat lediglich den Sinn, daß kein nichtiges Verfahren vorliegt, wenn eine Beiladung unterblieben war, und es sich *nachträglich* herausstellt, daß durch den Entscheid Drittinteressen berührt wurden. In solchen Fällen darf die Nichtvornahme der Beiladung der Behörde nicht zum Vorwurf gemacht werden. Wir haben weiter vorne gesehen, daß das preußische Oberverwaltungsgericht von einem wesentlichen Mangel des Verfahrens gesprochen hat, wenn die Beiladung pflichtwidrig unterlassen wurde. Diese Tatsache hat zur Kassation des Erkenntnisses und Rückweisung an die Vorinstanz geführt.

4. Die Stellung des Beigeladenen

Die Praxis ist bezüglich der Frage, ob der Beigeladene Partei werde oder nicht, schwankend. Blumenstein bejaht es, doch hat er in seiner Stellungnahme zu diesem Problem — auf die weiter unten eingegangen wird — gewisse Einschränkungen gemacht und jedenfalls die Auffassung vertreten, der Beigeladene werde nur im prozessualen Sinne zur Partei.

Ich möchte hier einmal das wiederholen, was ich weiter vorne in einem andern Zusammenhang bereits erwähnt habe⁴⁶. Das Gesetz spricht unter II «Die Parteien» zunächst von der Prozeßfähigkeit, die sich nach den Vorschriften des Zivilprozesses richtet. In Art. 24 ist im weitem die Rede von der Vertretung der Parteien, die nach den Gesetzen über die Befähigung zur Anwaltschaft zu beurteilen ist. Staat und Gemeinden

⁴⁶ Vgl. I. Kapitel II B.

können sich jederzeit durch ihre Organe vertreten lassen. In Art. 25 wird die Teilnahme Dritter — als Streitgenossen oder Beigeladene — behandelt. Daraus sollte doch ohne weiteres geschlossen werden, daß diese Dritten — Intervenienten kommen hierbei ja nicht in Frage — als Parteien im Verfahren teilnehmen. Daß sich diese Argumente nicht auch auf den Rechtsbeistand beziehen können, ist logisch.

Das Verwaltungsgericht hat zu dieser Frage Stellung genommen. In einem Entscheid erkannte es, daß eine beigeladene Person dann nicht zur Prozeßpartei werde, wenn ihr gegenüber kein bestimmtes Rechtsbegehren gestellt werde⁴⁷. Ohne nähere Begründung — in Mißachtung der vertretenen Meinung, der Beigeladene werde zur Partei, wenn sich gegen ihn ein bestimmtes Rechtsbegehren richte — stellte es später kategorisch fest, der Beigeladene werde nicht Prozeßpartei⁴⁸. Die Beiladung bewirke lediglich, daß die im Prozeß beurteilten Fragen auch für ihn rechtskräftig entschieden seien. Diese Feststellung macht bekanntlich das Gesetz selber, das uns in Art. 25 VRPG, zweiter Satz sagt, die Entscheidung sei im Falle der Beiladung auch für den Beigeladenen verbindlich, ungeachtet dessen, ob er am Verfahren teilgenommen habe oder nicht.

Demgegenüber hat der Regierungsrat in einem bereits zitierten Entscheid⁴⁹ u. a. ausgeführt, im Beschwerdeverfahren gegenüber Verfügungen der Vormundschaftsbehörden sei die Legitimation der Pflegeeltern zum Rekurs anzuerkennen. Der Regierungsratshalter II von Bern habe sie im Verfahren als Prozeßpartei behandelt und ihnen den Entscheid förmlich eröffnet, wozu er gemäß Art. 25, al. 2 VRPG befugt gewesen sei.

Später erkannte er, in einem Administrativurteil könnten einem Dritten Leistungen nur auferlegt werden, wenn er beigeladen worden sei. Der erstinstanzliche Richter in Verwaltungsstreitsachen — in diesem Falle der Regierungsratshalter — hatte dem Staate Leistungspflichten auferlegt, ohne ihm aber Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern. Die Rekursbehörde erblickte darin eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs; denn es dürfe niemand *verurteilt* werden, ohne daß er vorher Gelegenheit gehabt habe, im Verfahren als Partei Stellung zu nehmen⁵⁰.

Weitere Entscheide haben festgestellt, es stehe im Ermessen des Regierungsratshalters, «weitere Parteien beizuladen»⁵¹, und eine erst nach

⁴⁷ MBV Band 9 Nr. 10.

⁴⁸ MBV Band 12 Nr. 31.

⁴⁹ MBV Band 16 Nr. 52.

⁵⁰ MBV Band 19 Nr. 88.

⁵¹ MBV Band 34 Nr. 92.

dem Abschluß des Schriftenwechsels beigeladene Partei werde in ihren prozessualen Rechten nicht verkürzt, wenn sie auch nur zu einer einzigen Eingabe Gelegenheit habe, da sie bereits in Kenntnis aller Anbringen der andern Parteien zur Sache habe Stellung nehmen können⁵².

Gerade die letztgenannten Erkenntnisse zeigen mit aller wünschbaren Deutlichkeit, daß der Beigeladene Partei wird. Auf andere Weise können doch sicher die Worte «beigeladene Partei» nicht ausgelegt werden. Entweder ist die betreffende Person oder das betreffende Gemeinwesen zum vornherein Partei. Dann brauchen sie nicht beigeladen zu werden, um am Verfahren teilnehmen zu können. Werden sie aber — nach der Meinung des Verwaltungsgerichts — durch die Beiladung nicht zur Partei, so ist es unrichtig, von einer «beigeladenen Partei» zu sprechen. Es genügt, wenn von einem «beigeladenen Dritten» die Rede ist.

Wie bereits angetönt wurde, hat sich Blumenstein mit der Frage ebenfalls befaßt. In einem konkreten Falle — Streit zwischen zwei Gemeinden hinsichtlich ihrer Steuerteilung gegenüber einem bestimmten Steuerpflichtigen — ist nach seiner Ansicht die andere Gemeinde beizuladen, wenn die eine ihren Steueranspruch einklage. Im Falle der Beiladung nehme die zweite Gemeinde mit allen Rechten einer Prozeßpartei am Rechtsstreite teil. Stelle sie gegen den Steuerpflichtigen *keine selbständigen Begehren*, dann könne sie gegen ihn aus dem gefällten Urteil auch keine selbständigen Ansprüche ableiten⁵³. Hier vertritt Blumenstein sogar die Auffassung, der Beigeladene werde materielle Partei, wie dies der Regierungsrat in einem Entscheid — vgl. Anmerkung 50 hiervor — auch erkannte.

Diese eindeutige Stellungnahme hat Blumenstein später modifiziert: Es wäre an sich einfach, den Beigeladenen als Streitgenossen in den Prozeß eintreten zu lassen — (dies wäre aber ausgeschlossen, wenn der Beigeladene beide Parteien bekämpft, was ihm unbenommen ist) —, doch gehe dies nicht an, weil im Verwaltungsprozesse eine Streitgenossenschaft von Amtes wegen nicht bekannt sei. (Wir haben aber weiter vorne feststellen können, daß der Regierungsrat dies bei Verwandtenbeitragsachen gerade empfohlen hat⁵⁴.)

Zwei Fälle will er unterschieden wissen:

Wenn durch die Entscheidung die Interessen des Dritten derart berührt werden, daß er für den ganzen oder einen Teilbetrag unmittelbar oder infolge Regresses haftbar werde, sei der Entscheid für ihn verbind-

⁵² MBV Band 43 Nr. 66.

⁵³ MBV Band 12 S. 301.

⁵⁴ Vgl. I hiervor.

lich. Gesetzlich unzulässig sei es aber, daß der Forderungskläger gegenüber dem Beigeladenen ein bestimmtes Rechtsbegehren stelle. Da Art. 17, al. 2 VRPG für den Fall der Beiladung erkläre, die Administrativjustizbehörden könnten über die durch die Parteien vor sie gebrachten Streitpunkte hinausgehen, d. h. mehr oder anderes, als verlangt, zusprechen, müßten diese logischerweise auch bestimmen können, wie sich die festgestellte Haftbarkeit des Beigeladenen auswirke. Andernfalls habe diese Bestimmung keinen Sinn und die Beiladung keinen praktischen Wert. Die urteilende Behörde bestimme von Amtes wegen über die Art und Weise der Verbindlichkeit des gefällten Entscheides für den Beigeladenen.

Ähnlich sei die prozessuale Situation, wenn der Beigeladene im Forderungsprozeß Berechtigter sei. Er könne hier auch keine selbständigen Begehren stellen und insbesondere nicht verlangen, daß ihm im Urteil bestimmte Leistungen zugesprochen würden. Der Richter bestimme von Amtes wegen, inwieweit der getroffene Entscheid für den Beigeladenen rechtswirksam sei, d. h. welche Verpflichtungen den Beklagten ihm gegenüber träfen⁵⁵.

Der Beigeladene wird nach Blumenstein nicht Streitgenosse, wohl aber Partei. Doch billigt er diesem nur in prozessualer Hinsicht die Rechte der andern Parteien zu. Aus der Stellungnahme heraus, daß der Beigeladene keine selbständigen Begehren stellen könne, übt er am Entscheid der Armendirektion vom 17. 4. 1946 i. S. Zürcher Kritik. Dieser Entscheid — von dem weiter vorne in einem andern Zusammenhang bereits die Rede war — stellte fest, daß sämtliche unterstützenden Gemeinden im Falle, daß der Rückerstattungspflichtige zu Vermögen komme, daraus eine anteilmäßige Rückerstattung verlangen könnten. Wenn eine Gemeinde klage, seien die andern beizuladen. Mache nun eine beigeladene Gemeinde keinen Rückerstattungsanspruch geltend, so sei dies als Verzicht auf Beteiligung an der Rückerstattung zu werten⁵⁶.

Blumenstein erklärt nun, der Richter könne grundsätzlich die Rückforderungsberechtigung der beigeladenen Gemeinde bejahen, ihr jedoch keine bestimmte Forderung zusprechen. Anerkenne später der Beklagte die Rückerstattungsforderung nicht freiwillig an, so müsse sie gegen ihn neu eingeklagt werden. Sollte die Unmöglichkeit der vollen Deckung beider Forderungen aus dem Vermögen festgestellt werden, so dürfe eine Kürzung derjenigen der klagenden Gemeinde nicht erfolgen, nur um dem Beigeladenen eine vollstreckungsmäßige Deckung der Forderung zu

⁵⁵ Blumenstein: Die Stellung des Beigeladenen in öffentlichrechtlichen Forderungsstreitigkeiten MBV Band 44 S. 321 ff.

⁵⁶ MBV Band 44 Nr. 127.

sichern. Die eingeklagte Forderung sei in dem Umfange zuzusprechen, wie dies im Rechtsbegehren verlangt, dem Gesetz und dem nachgewiesenen Tatbestand entspreche. Ob der Beigeladene später für die ihm zuzusprechende Forderung Deckung erhalte, spiele keine Rolle⁵⁷.

Diese Argumentation verwundert. Der Sinn einer Beiladung ist in diesem Falle unbegreiflich. Wenn dem Beigeladenen eine nackte Forderung zuerkannt wird, die vollstreckungsmäßig nicht geschützt wird, und der Beklagte sie später nach Auffassung Blumensteins bestreiten kann, so daß sie neuerdings eingeklagt werden muß, kann man sich diesfalls eine Beiladung ruhig ersparen. Was nützt es dem Beigeladenen, daß der Entscheid für ihn nur insofern eine *res iudicata* darstellt, als er dem obliegenden Kläger eine Forderung zuspricht? Diese Forderung soll ja nicht einmal gekürzt werden können, jedenfalls nicht infolge diesbezüglicher Anträge des Beigeladenen. Einer der Hauptzwecke der Beiladung, nämlich die Vermeidung unnötiger Prozesse, wird nicht erreicht. Der Richter, der — wie schon so oft festgehalten wurde — die materielle Wahrheit zu erforschen hat, muß die Rechte des Beigeladenen beachten und dementsprechend seinen Entscheid fällen. Es wäre unbillig, dem Zufall anheim zu stellen, welche Gemeinde zuerst von dem Vermögensanfall Kenntnis erhält und somit zuerst klagen kann, um dann dieser ihren Anspruch zum mindesten vollstreckungsmäßig zu sichern. Haben andere Gemeinden die betreffende Person ebenfalls unterstützt — wenn möglich noch in einem größeren Umfange als die klagende Gemeinde —, so entspricht es nur Recht und Billigkeit, daß sie am Vermögen anteilmäßig partizipieren können. Es muß deshalb der Ansicht der Armendirektion beigepflichtet werden: In einem derartigen Falle müssen die übrigen Gemeinden beigeladen werden, und die geltend gemachten Ansprüche sind zu berücksichtigen. Richtig ist die Annahme, eine Gemeinde verzichte auf ihren Anspruch, wenn sie diesen dann im Verfahren nicht geltend macht, wozu ihr ja Gelegenheit geboten wurde. Nötigenfalls ist somit die Rückerstattungsforderung der klagenden Gemeinde zu kürzen. Dazu bietet Art. 17, al. 2 VRPG dem Richter die nötige Handhabe. Diese Bestimmung, wonach der Richter im Falle der Beiladung über die Parteibegehren hinausgehen kann, bedeutet nicht nur, daß ein Mehreres oder etwas anderes zugesprochen werden kann, sondern ohne weiteres auch, daß auf eine Kürzung erkannt werden kann. Wozu dem Beigeladenen die Feststellung dienen soll, es bestehe für ihn ein Rückforderungsanspruch, der aber möglicherweise nicht realisiert werden kann, ist nicht recht ersichtlich. Die gesetzlich ausgesprochene Verbindlichkeit des Entscheides

⁵⁷ Blumenstein in MBV Band 44 insbesondere S. 324.

für den Beigeladenen bezieht sich auch darauf, daß seinem Anspruch, seiner Forderung, die gleiche vollstreckungsmäßige Sicherheit zuerkannt wird, wie derjenigen des Klägers.

Wenn der Beigeladene Partei wird — was ich bejahen muß; es handelt sich bei ihm um eine nachträglich zugezogene materielle Partei —, so sollen ihn nicht nur Pflichten (wie das Kostenrisiko im Falle der Teilnahme, die Verbindlichkeit des Entscheides für ihn), sondern auch die Rechte der «Vorparteien» treffen. Aus diesen Ueberlegungen heraus muß man ihm das Recht, selbständige Rechtsbegehren stellen zu können, zuerkennen⁵⁸. Diese werden sich in der Regel nicht weit von denjenigen der «Vorparteien» entfernen, wird es sich doch meist darum handeln, daß der Beigeladene die Zusprechung einer Forderung an ihn, eine Einschreibung statt der geforderten Nichteinschreibung ins Wohnsitzregister, eine Rückschreibung usw. geltend macht. Von den allfälligen Mißbräuchen — wie pro forma-Einklagung zwecks Umgehung von Gerichtsstandsbestimmungen — oder Weiterungen, die daraus erfolgen könnten, wird noch die Rede sein.

Selbst im Zivilprozeß ist eine Klageänderung richterlich zugelassen, wenn daraus keine Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung resultiert⁵⁹. Umso eher muß dies im Verwaltungsprozesse möglich sein, handelt es sich doch um eine «Klageänderung», wenn ein Beigeladener seinerseits Anträge stellt. Der Richter ist nicht nur gehalten, von Amtes wegen über die Verbindlichkeit des gefällten Entscheides für den Beigeladenen zu bestimmen, vielmehr hat der Beigeladene als vollgültige Partei ein Recht darauf, daß über seine Rechtsbegehren als solchen entschieden wird.

5. Die Wirkungen der Beiladung

Durch die Beiladung tritt einmal eine Parteivermehrung ein. Es werden im weitem neue Momente ins Verfahren getragen. Wie unter Ziffer 4 hiervor erwähnt wurde, ist der Beigeladene als vollgültige Partei anzusprechen, d. h. es gelten für ihn die gleichen Rechte und Pflichten wie für die ursprünglich am Verfahren beteiligten Parteien. Insbesondere wird der Beigeladene im Falle des Unterliegens kostenpflichtig. Er hat einmal die Auslagen vorzuschießen, die durch von ihm beantragte Untersuchungsmaßnahmen verursacht wurden. Im Falle des Unterliegens muß er die Auslagen und amtlichen Kosten tragen. Unter Umständen entfällt nur ein Teil der Verfahrenskosten auf ihn, wenn beispielsweise eine an-

⁵⁸ Vgl. MBV Band 19 Nr. 88.

⁵⁹ ZPO Art. 94, al. 2.

dere Partei ebenfalls unterliegt. Sofern nicht eine Wettschlagung der Parteikosten verfügt wird, kann ihn die Verpflichtung treffen, der ob-siegenden Partei eine Entschädigung zahlen zu müssen. Bei dieser Kosten-liquidation soll die urteilende Behörde das Verursachungsprinzip be-achten, mit andern Worten wenn nötig in Berücksichtigung ziehen, daß der Beigeladene durch seine Teilnahme am Verfahren nur einen kleinen Teil der Kosten bewirkt hatte, und es unbillig wäre, ihm nun die gesamten ergangenen Verfahrenskosten aufzuerlegen⁶⁰. Der Beigeladene kann dieser Kostenpflicht entgehen, wenn er sich am Verfahren nicht be-teiligt. Das Kostenrisiko geht er nur im Falle einer Teilnahme am Ver-fahren ein⁶¹. Ein Verzicht des Beigeladenen auf Teilnahme am Ver-fahren — sofern ihm dies überhaupt möglich ist, wie wir weiter unten sehen werden — entbindet ihn keineswegs von der Verbindlichkeit des Ent-scheides. Der Entscheid hat auch in diesem Falle für ihn Geltung. Es war ihm durch die Beiladung die Möglichkeit geboten worden, eine allfällig für ihn ungünstige Entscheidung durch aktive Teilnahme am Verfahren abzuwenden. Aus dieser Ueberlegung heraus rechtfertigt sich die Be-stimmung, daß der gefällte Entscheid auch für den Beigeladenen, der am Verfahren nicht teilgenommen hat, eine *res iudicata* darstellen soll.

Der Verzicht des Beigeladenen auf Teilnahme am Verfahren bedeutet jedoch nicht, daß der Richter nicht auf Tatsachen abstellen darf, die für diesen günstig sind. Im Gegenteil! Solche dem urteilenden Richter von Amtes wegen zur Kenntnis gelangte Tatsachen muß er zu Gunsten des Beigeladenen berücksichtigen. Die urteilende Behörde ist gemäß der Offi-zialmaxime diesbezüglich nicht an die Anträge der Parteien gebunden⁶².

Gegen die Verweigerung der Beiladung durch eine dem Regierungsrat unterstellte Verwaltungsjustizbehörde kann beim Regierungsrat Be-schwerde wegen Rechtsverweigerung erhoben werden⁶³. Handelt es sich um Entscheide des Regierungstatthalters in den ihm durch Dekret vom 11. November 1935 eingeräumten Fällen, kann gemäß § 8 des Dekretes resp. Art. 11 ter des VRPG wegen Verletzung oder willkürlicher An-wendung der Gesetze, Dekrete, Verordnungen oder Gemeindereglemente von einer Partei — die eine Beiladung beantragt hatte, aber nicht gehört wurde — in einer Beschwerde gegen den Sachentscheid an das Verwal-tungsgericht zugleich der Mangel der nicht erfolgten Beiladung gerügt werden. Dem Dritten ist dies nicht möglich.

⁶⁰ Art. 39/40 VRPG.

⁶¹ Vgl. Ziffer 7 hiernach.

⁶² Art. 18 VRPG.

⁶³ Art. 45,2 VRPG.

Gegen eine unnötigerweise angeordnete Beiladung ist keine Beschwerde gegeben. Die urteilende Behörde soll dieser Tatsache aber allenfalls bei der Kostenliquidation Rechnung tragen.

Der Beigeladene hat als Partei die Möglichkeit, gegen eine für ihn ungünstige Entscheidung die gegebenen Rechtsmittel einzulegen. Demgemäß muß ihm im Sinne des Art. 31, al. 2 VRPG ein schriftliches Urteil mit Dispositiv und Begründung zugestellt werden.

Laut Art. 17, al. 1 VRPG dürfen die Administrativjustizbehörden — sofern nicht ausdrückliche Gesetzesvorschriften dies zulassen — keiner Partei mehr oder etwas anderes zusprechen, als sie verlangt. Im Falle der Beiladung können sie aber über die Parteibeghären hinausgehen (Art. 17, al. 2 VRPG). Der Berichterstatter im Großen Rat des Kantons Bern hat zu dieser Bestimmung u. a. ausgeführt, diese Ausnahmen im Sinne des Art. 17, al. 2 seien einmal gemäß ausdrücklichen Gesetzesvorschriften gegeben; im weitem bei der Beurteilung vermögensrechtlicher Anstände anlässlich der Trennung oder Neubildung von Gemeinden gemäß Art. 63 der Verfassung (also Gesetzesvorschrift), bei der Notwendigkeit eines Einschreitens von Amtes wegen und in den Fällen von Kassation von Amtes wegen, wenn Verwaltungsakte angefochten werden. «Eine weitere Ausnahme besteht im Falle der Beiladung gemäß Art. 25 dieses Gesetzes, indem die urteilende Behörde auch hier über das Begehren der Parteien hinausgehen, einen Dritten zur Teilnahme an dem Streit veranlassen und unter Umständen auch über die Interessen dieses Dritten urteilen kann⁶⁴.» Wir haben bereits weiter vorne gesehen, daß bei den Beratungen des Gesetzes im Großen Rat ein wichtiger Zweck der Beiladung darin erblickt wurde, daß der Dritte im Verfahren verurteilt werden könne, und somit ein späteres Verfahren vermieden werde. Im preußischen Verwaltungsprozeß, der ja über die Beiladung wörtlich fast gleichlautende Bestimmungen wie das VRPG kennt, wurde die Verurteilung des Beigeladenen zu etwas anderem als zu den Kosten mehrheitlich abgelehnt. Es ist aber hierzu zu sagen, daß auf der andern Seite keine dem Art. 17, al. 2 VRPG analoge Bestimmung zu finden ist, die im Falle der Beiladung der urteilenden Behörde ein über die Parteibeghären Hinausgehen gestatten würde. Solches bezweckt nun aber diese Bestimmung im bernischen Gesetz. Es darf auch nicht außer acht gelassen werden, daß das preußische Verwaltungsstreitverfahren nicht auf der reinen Officialmaxime beruht. Dort gilt vielmehr eine Vermischung von Verhandlungsmaxime und Officialmaxime⁶⁵.

⁶⁴ Tagblatt des Großen Rates, Jahrgang 1909, S. 68/69.

⁶⁵ Mohrmann a. a. O. S. 26.

Eine eingereichte Klage kann bis zur Fällung des Endurteils jederzeit zurückgezogen werden. Ein Rückzug ist jedoch nur mit Bewilligung der urteilenden Behörde möglich, wenn eine Beiladung stattgefunden hat⁶⁶. Der Sinn dieses Artikels ist der, daß der Beigeladene nicht durch den Rückzug der Klage in seinen Rechten beeinträchtigt werden soll. Ist solches zu befürchten, so wird die urteilende Behörde den Rückzug nicht bewilligen.

Ob die Beiladung eine Veränderung der örtlichen Zuständigkeit mit sich bringen kann, wird weiter unten untersucht werden.

Die Justizdirektion hat in einem Mitbericht vom 14. Juli 1924 festgestellt, daß der Beigeladene dem Streite in dem Stadium beitrete, in welchem er sich befinde. Er könne nicht darauf Anspruch erheben, daß das ganze Verfahren neu aufgerollt und beispielsweise für ihn ein neuer Aussöhnungsversuch veranstaltet werde⁶⁷. Diese Stellungnahme entspricht Zweckmäßigkeitsgründen, obschon sie meiner Auffassung, der Beigeladene werde vollgültige Partei, die somit Anspruch auf einen mündlichen Aussöhnungsversuch hat — darauf aber auch verzichten kann —, widerspricht. Es scheint mir jedoch im Hinblick darauf, daß in der Praxis ein Aussöhnungsversuch in den wenigsten Fällen durchgeführt wird, keine Beschneidung der Rechte für den Beigeladenen zu bedeuten, wenn im fortgeschrittenen Verfahren ein allfällig verlangter Aussöhnungsversuch nicht mehr durchgeführt wird. Dies würde sonst in den Fällen, in denen eine Beiladung erst in oberer Instanz erfolgt — siehe folgende Ziffer — zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Hingegen soll — auch wenn das Untersuchungsverfahren abgeschlossen wäre — dem Beigeladenen unter allen Umständen die Möglichkeit gegeben werden, seine Rechte zu wahren, wenn eine Beiladung erst in diesem Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgt. Es ist dann nicht zu vermeiden, daß sich allfällig Weiterungen aufdrängen und der Entscheid dadurch hinausgezögert wird. In diesem Sinne ist auf den Beigeladenen Rücksicht zu nehmen. Die Rechtfertigung liegt darin, daß ja durch eine Beiladung möglicherweise ein späterer Prozeß vermieden werden kann.

Der Beigeladene kann einer Beiladung Folge leisten oder — so weit an ihm — auf eine Teilnahme verzichten. Seine Beteiligung am Verfahren kann verschieden intensiv ausgestaltet sein. Demzufolge möchte ich folgende vier Fälle unterscheiden:

1. Bloße Beiladung: Auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen wird ein Dritter beigeladen, damit der Entscheid auch für diesen rechts-

⁶⁶ Art. 28 VRPG.

⁶⁷ MBV Band 22 Nr. 127.

wirksam ist. Bei Nichtteilnahme am Verfahren — wenn er sich auf der ganzen Linie passiv verhält — können hier dem Beigeladenen keine Kosten auferlegt werden. Beteiligt er sich hingegen am Streitbetrieb, d. h. in prozessualen Sinne, läuft er ein Kostenrisiko.

2. Gegen den Beigeladenen werden Anträge gestellt: Hier — wie im Fall 4 — kann er sich auch passiv verhalten, jedoch gilt er als *Teilnehmer*, sobald er verurteilt wird. Er soll nicht besser behandelt werden als eine säumige Partei, d. h. die Behörde fällt den Entscheid im Sinne des Art. 21 VRPG auf Grund der vorhandenen Akten und Beweismittel. Es treffen ihn jedenfalls die Kostenfolgen gemäß der Art. 39/40 VRPG.
3. Der Beigeladene stellt Anträge gegen die Partei oder die Parteien: Logischerweise nimmt er hier am Verfahren teil. Die Kostenpflichten treffen ihn gleich wie die andern Parteien.
4. Es werden gegen den Beigeladenen keine Anträge gestellt, aber die urteilende Behörde kann ihn *von Amtes wegen verurteilen*, wenn dies nötig ist. Dazu bietet ihr Art. 17, al. 2 die nötige Handhabe. Die Kostenpflichten treffen ihn, ungeachtet dessen, ob er — soweit an ihm — teilnimmt oder sich passiv verhält. Die Verurteilung bedeutet eine Teilnahme an diesem Verfahren. Eine Besserstellung des Beigeladenen wäre unbillig.

Hingegen kann die urteilende Behörde dem Beigeladenen nicht etwas zusprechen, wenn er nichts verlangt hat. Die Tatsache, daß er keine Begehren gestellt hat, kann als Verzicht auf eine allfällige Leistung an ihn gewertet werden.

Aus dem Umstand, daß der Beigeladene als materielle Partei Begehren stellen kann, resp. solche gegen ihn gestellt werden können, darf nun nicht geschlossen werden, der Beigeladene könne in einem ursprünglich zwischen zwei andern Parteien angehobenen Verfahren jedes beliebige Rechtsbegehren anbringen. Es sollen in das hängige Verfahren keine prozeßfremden Elemente hineingetragen werden. Die Begehren können nur kausal, d. h. mit der im Prozesse, in den der Dritte eintritt, behandelten Streitsache in Zusammenhang sein. Eine Beiladung verfolgt nicht den Zweck, ein Verfahren durch mit diesem nicht in Zusammenhang stehende Begehren zu komplizieren. Hier kann der Richter im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine Beiladung verweigern.

6. Bis wann kann eine Beiladung erfolgen?

Art. 25 des Gesetzes sagt darüber nichts. Er spricht lediglich davon, daß die Beiladung Dritter, deren Interessen durch den zu fällenden Ent-

scheid berührt werden, durch die *urteilende Behörde* erfolgen könne. Nun ist es durchaus möglich, daß sich eine Interessenberührung erst in oberer Instanz erweist, weshalb die Beiladung dort nachzuholen ist.

In den schon zitierten Entscheiden des Regierungsrates aus dem Jahre 1936⁶⁸, in denen die Meinung vertreten wird, die urteilende Behörde entscheide über die Frage der Beiladung nach freiem Ermessen, wird einmal betont, daß der Regierungsstatthalter auf diese prozeßleitende Verfügung *jederzeit* zurückkommen könne. Eine Beiladung ist somit im erstinstanzlichen Verfahren bis zum Urteilsstadium möglich⁶⁹. Im Falle des Rekurses soll ein Beiladungsgesuch erneuert werden können. Der Regierungsrat könne eine Beiladung ebenfalls von Amtes wegen anordnen, wenn er sie für angebracht halte.

Es kann sogar durch eine in oberer Instanz vorgenommene Beiladung eine Kassation vermieden werden, wenn in einem Wohnsitzstreit die klägerische Gemeinde gegen zwei andere Gemeinden das Rechtsbegehren um Einschreibung stellte, der Richter jedoch über die gegen eine Gemeinde gestellten Rechtsbegehren nicht urteilte. Streng formell sollte in einem solchen Falle eine Rückweisung wegen Verletzung von Prozeßrechtssätzen erfolgen. Der Einfachheit halber kann aber die Gemeinde, gegen die Rechtsbegehren wohl gestellt, aber nicht beurteilt wurden, durch Beiladung ins Verfahren gezogen werden⁷⁰.

Aus diesen und zwei weiteren Entscheiden⁷¹ erhellt, daß eine Beiladung nach Ansicht des Regierungsrates in oberer Instanz noch möglich ist⁷². Diese Auffassung ist zu begrüßen, da die Interessenberührung Dritter möglicherweise eben erst nach einem erstinstanzlichen Entscheid, der weitergezogen wurde, erkannt wird. Ist dies der Fall, so trifft die Rekursinstanz die gleiche Pflicht wie den erstinstanzlichen Richter: sie *muß* eine Beiladung anordnen.

7. Die Kostenregelung

Die Kostenpflicht soll laut gesetzlicher Bestimmung den Beigeladenen nur im Falle der Teilnahme treffen. Wenn man nun die Auffassung vertritt, der Beigeladene werde materielle Partei — mit allen Rechten und Pflichten der Vorparteien — scheint dies auf den ersten Blick eine ungerechte Privilegierung des Beigeladenen gegenüber den «Vorparteien»

⁶⁸ MBV Band 34 Nr. 92 und 201.

⁶⁹ Vgl. auch Ziffer 8 hiernach.

⁷⁰ MBV Band 13 Nr. 199.

⁷¹ MBV Band 14 Nr. 197 und Band 35 Nr. 230.

⁷² Für die Beiladung vor Bundesgericht siehe IV. Kapitel.

zu sein. Dies ist aber nur scheinbar so. Es wird bei der Kostenliquidation nicht darauf abgestellt, ob sich der Beigeladene am Verfahren beteiligt hat, oder ob er passiv geblieben ist. Ausschlaggebend ist hierfür die Frage, ob eine «Teilnahme» vorliegt oder nicht. Der Beigeladene wird dann nicht kostenpflichtig, wenn er sich nicht beteiligte und gegen ihn keine Verurteilung erging. Hier kann festgehalten werden, daß er durch den Verzicht, am Verfahren teilzunehmen, nicht nur sein mangelndes Interesse am Ausgang des Streites bekundet und damit dartut, er überlasse den Entscheid der urteilenden Behörde, sondern er bewirkt auch keine Kosten, die er im Falle des Unterliegens tragen müßte. So besehen, hat die Vorschrift schon ihre Berechtigung. Wenn aber auf Antrag oder von Amtes wegen eine Verurteilung des Beigeladenen Platz greift, so ist eine «Teilnahme» gegeben, und er wird kostenpflichtig. Die «Teilnahme» muß hier extensiv interpretiert werden; denn andernfalls wäre diese Bestimmung unbillig. Es darf somit nicht auf den Willen des Beigeladenen abgestellt werden, resp. nicht von seinem Standpunkt aus beurteilt werden, ob eine «Teilnahme» zu bejahen oder zu verneinen sei. Dies könnte sonst leicht zu Spekulationen des Dritten — der als Partei gegen einen für ihn ungünstigen Entscheid Rechtsmittel ergreifen kann — Anlaß geben, indem er sich regelmäßig vorher nicht aktiv am Verfahren beteiligen würde. Eine solche Möglichkeit ist auf der andern Seite einer a priori beklagten Partei nicht gegeben.

Einem erst in oberer Instanz Beigeladenen können ebenfalls die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auferlegt werden, was keine Verfassungswidrigkeit bedeute. Art. 25 VRPG spreche sich darüber nicht aus, sondern gehe lediglich dahin, es sei unzulässig, dem Beigeladenen im Falle der Nichtteilnahme am Verfahren Kosten aufzuerlegen. Es bedeute keinen Verstoß gegen klares Recht und keine Willkür (Art. 4 BV), wenn dem Beigeladenen die Kosten erster Instanz überbunden würden. Die beigeladene Gemeinde sei vorbehaltlos in die Gesamtheit des Verfahrens eingetreten und habe insbesondere jede Verwahrung in Bezug auf die Kosten erster Instanz unterlassen⁷³. Diese Auffassung geht nun allerdings etwas weit. Die Auslagen und amtlichen Kosten des Administrativprozesses werden nach Gesetz der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 39 VRPG). Der Beigeladene war aber im erstinstanzlichen Verfahren noch gar nicht Partei und konnte dort somit nicht unterliegen. Es zeigt sich hier deutlich, daß die Kostenregelung etwas zu vage umschrieben ist. Wenn aus Zweckmäßigkeitsgründen auf eine Kassation verzichtet wurde — einer Ansicht, der ruhig beigepflichtet werden kann —, so darf dar-

⁷³ BGE vom 16. 2. 1916 in MBV Band 14 Nr. 197.

unter nicht der Beigeladene leiden; denn gerade hier trifft ihn kein Vorwurf. Das oberinstanzliche Verfahren und damit die Beiladung der Gemeinde Ka wurde infolge der Prozeßrechtsverletzung des erstinstanzlichen Richters nötig. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten dürfen in einem solchen Falle nicht dem Beigeladenen überbunden werden, wohl aber sind diejenigen des oberinstanzlichen Verfahrens der unterliegenden Partei, hier also dem Beigeladenen, aufzuerlegen. Wie die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu liquidieren sind, sagt für einen solchen Fall das Gesetz nicht. Es scheint mir jedoch — auch wenn eine gesetzliche Regelung in dieser Hinsicht fehlt — am Platze, wenn diese Kosten dem Staate überbunden werden, da man sie offenbar nicht dem erstinstanzlichen Richter auferlegen kann⁷⁴.

Damit soll nun nicht gesagt sein, daß in allen Fällen dem erst in oberer Instanz Beigeladenen nur die oberinstanzlichen Kosten auferlegt werden können. Die Auferlegung der gesamten Kosten, sowohl des erst- wie des oberinstanzlichen Verfahrens, an die in oberer Instanz auf Antrag einer Gemeinde beigeladene Gemeinde H war berechtigt, da diese durch ihre Maßnahmen zum Prozeß Veranlassung gegeben hatte⁷⁵. Die beigeladene Gemeinde hatte irrtümlicherweise dem E. L. das Zeugnis zum Wohnsitzwechsel ausgestellt, da sie glaubte, er könne sich selber erhalten. Sie mußte dann zugeben, daß diese Person in Wirklichkeit bei ihr seit 21 Jahren auf dem Etat der dauernd Unterstützten stehe, womit der Prozeß gegenstandslos wurde. Gerade in diesem Falle zeigt es sich, daß im Zweifel eine Beiladung empfehlenswert ist. Damit hätte das oberinstanzliche Verfahren zum vornherein verhütet werden können.

Daß einem in erster Instanz Beigeladenen, der sich aber erst in oberer Instanz am Verfahren beteiligte, im Falle des Unterliegens sämtliche Kosten auferlegt werden können, unterliegt keinem Zweifel. Erfolgt eine Beiladung aber erst in oberer Instanz, darf dies der Beigeladene, der in erster Instanz nicht zu Worte kam, regelmäßig nicht dadurch entgelten, daß er auch die erstinstanzlichen Kosten tragen muß. Es gibt aber Fälle — wie der zuletzt geschilderte —, die dies rechtfertigen.

8. Die Legitimation zum Rekurs

Sobald gesetzlich ein Rechtsmittel gegeben ist, steht es auch dem Beigeladenen zu, gleichgültig, ob er sich am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt — aktiv verhalten — hat, oder ob er passiv geblieben ist. Der Bei-

⁷⁴ Vgl. MBV Band 13 Nr. 199.

⁷⁵ MBV Band 35 Nr. 230.

geladene ist materielle Partei. Da eine Beiladung durch die urteilende Behörde verfügt wird, liegt es somit in ihrer Hand, den Dritten zur Partei werden zu lassen. Der Dritte ist möglicherweise nicht immer einverstanden, daß er in das hängige Verfahren gezogen wird. Doch kommt es nicht auf ihn an. Wenn die Behörde es nämlich als notwendig erachtet, daß er an einem Verfahren teilnehme, so kann sie seine Beiladung auch gegen seinen Willen anordnen.

Die Auffassung sei irrig, wenn dem Beigeladenen die Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln abgesprochen werde, weil er vor Verkündung der angefochtenen Entscheidung nicht «beigetreten» sei. Entscheidend sei nicht der Beitritt, sondern die Beiladung⁷⁶.

Entscheidend ist die Beiladung. Wir haben weiter vorne dargetan, daß eine Beiladung nicht förmlich erfolgen muß. Aus diesem Grunde darf nicht von einer faktischen Beiladung oder von einer «Behandlung wie einen Beigeladenen» gesprochen werden. Die Tatsache, daß die urteilende Behörde den Dritten wie einen Beigeladenen behandelt, kommt «der Beiladung» im Sinne des Gesetzes gleich⁷⁷.

Der Auffassung, daß eine Beiladung zum Zwecke der Rekurserklärung nicht angängig ist, muß beigepflichtet werden⁷⁸. Eine Beiladung ist nur während des Verfahrens, *bis* zum Urteilsstadium, möglich. Wird ein Rechtsmittel eingelegt, so kann sie auch noch in oberer Instanz erfolgen. Wird die Berührung der Interessen eines Dritten durch den gefällten Entscheid — also erst nach dem Urteil — festgestellt und erfolgt z. B. kein Rekurs, so ist ein allfälliger neuer Prozeß eben unvermeidbar. In einem solchen Falle kann und darf der urteilenden Behörde kein Vorwurf gemacht werden.

Wie verhält es sich nun mit den Anbringen des Beigeladenen in oberer Instanz? Gemäß Art. 18, al. 2 VRPG können die Parteien ihre Anbringen und Beweismittel bis zur Fällung des Urteils jederzeit ergänzen. Dabei ist aber der Gegenpartei Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Art. 34, al. 3 VRPG wird aber vorbehalten. Diese Bestimmung besagt, daß die Angabe neuer Tatsachen und Beweismittel in oberer Instanz zulässig sei, jedoch von dieser nach freiem Ermessen gewürdigt werde. Nach meiner Auffassung, wonach der Beigeladene selbständige Rechtsbegehren stellen kann, soll ihm dieses Recht auch in oberer Instanz unbenommen sein, wenn er erst dort beigeladen wird. Im schon zitierten Falle⁷⁹ hatte

⁷⁶ Oberverwaltungsgericht: Urteil vom 1. 2. 1909 in Entscheidungen des OVG Band LIV S. 342—343 bei Mohrmann a. a. O. S. 43.

⁷⁷ MBV Band 16 Nr. 52 und Band 34 Nr. 186.

⁷⁸ MBV Band 32 Nr. 68.

⁷⁹ MBV Band 13 Nr. 199.

die obere Instanz ebenfalls über neue Rechtsbegehren zu entscheiden, d. h. neu insofern, als in erster Instanz darüber gar nicht befunden worden war. Da das freie Ermessen nicht Willkür bedeutet und sich die urteilenden Behörden ans Gesetz zu halten haben, muß die obere Instanz im Falle der Beiladung auf die Anträge des Beigeladenen eintreten, wogegen gesetzlich keine Hindernisse vorliegen.

Anders hingegen ist der Fall dann, wenn eine Beiladung in erster Instanz erfolgte, der Beigeladene sich aber passiv verhielt, und nun auf Rekurs der einen oder andern «Vorpartei» — oder auf den eigenen — hin erst in oberer Instanz Begehren stellt. Da der Beigeladene nicht «*a banque*» spielen soll, muß er hier nun allfällig die Folgen seines Verhaltens in erster Instanz — passiv bleiben — in dem Sinne tragen, daß die urteilende Behörde seine Anbringen nicht hört. In einem solchen Fall ist ihr dies unbenommen, wenn sie's nicht als zweckmäßig erachtet, dennoch über die Begehren zu entscheiden⁸⁰.

*9. Wird durch die Beiladung die Zuständigkeit verändert,
und kann eine Beiladung allfällig von einer an sich örtlich unzuständigen
Behörde angeordnet werden?*

Diese Frage hat der Regierungsrat in Aenderung der früheren Praxis neulich behandelt und dabei festgestellt, daß ein örtlich unzuständiger Richter eine Beiladung desjenigen, der seiner Gerichtsbarkeit nicht untersteht, nicht anordnen darf⁸¹. Dazu hat ebenfalls Thomet Stellung genommen⁸².

Da das Hauptanwendungsgebiet einer Beiladung gerade bei Etat- und Wohnsitzstreitigkeiten zu suchen ist, empfiehlt es sich, hier etwas weiter auszuholen und die vom Regierungsrat vertretene Auffassung kritisch zu beleuchten.

Gemäß § 105 A und NG⁸³ ist die Frage, ob eine dauernde Unterstützungsbedürftigkeit vorhanden sei, im einzelnen Falle bei Anlaß der Aufstellung der jährlichen Etats für dauernd Unterstützte am Wohnort zu entscheiden. Der Kanton Bern ist in verschiedene Kreise eingeteilt, für welche der Regierungsrat auf die Dauer von vier Jahren Armeninspektoren ernennt. Diesen letzteren obliegt u. a. die Pflicht, bei der jährlichen Festsetzung des Etats in den Gemeinden anwesend zu sein. Sie

⁸⁰ Vgl. bezüglich Nova auch S. 14/15 hiavor.

⁸¹ MBV Band 45 Nr. 84.

⁸² Thomet in MBV Band 45 S. 161 ff.

⁸³ Gesetz über das Armen- und Niederlassungswesen vom 28. 11. 1897.

können in erster Instanz die Aufnahme einer Person auf den Etat verweigern oder anbegehren⁸⁴. In der Praxis entscheidet in der Regel der Kreisarmeninspektor darüber, ob eine Person auf den Etat der dauernd Unterstützten zu setzen ist oder nicht. Bei den Etatverhandlungen ist — soweit möglich — der letzten Wohnsitzgemeinde Gelegenheit zu geben, sich dabei vertreten zu lassen oder die ihr gut scheinenden Bemerkungen schriftlich anzubringen⁸⁵. Diese Bestimmung wurde deshalb aufgestellt, weil die Etatauftragung für die vorgehende Wohnsitzgemeinde unter Umständen Folgen finanzieller Natur zeitigen kann, so z. B. wenn die Gemeinde, auf deren Etat die Person aufgenommen wird, ihr gegenüber Regreß nehmen will. Ein solcher Rückgriff auf die vorgehende Wohnsitzgemeinde — diejenige, in welcher der auf den Etat Aufzunehmende zuletzt polizeilichen Wohnsitz gehabt hat — kann erfolgen, wenn der Bewerber oder seine ihm im Wohnsitz folgenden Personen (Ehefrau, minderjährige Kinder usw.) innert zwei Jahren vom Zeitpunkt an, wo die Schriften eingelegt wurden oder hätten eingelegt werden sollen, in den Zustand dauernder Unterstützungsbedürftigkeit fällt, resp. fallen.

Wird die Aufnahme einer Person auf den Etat verfügt, so ist — mit andern Worten muß — der beteiligten Gemeinde, der ein Regreß droht, hiervon Kenntnis zu geben. Dieser Gemeinde stehen nach Thomet zwei Wege offen: Sie kann eine Etatbeschwerde, durch Bestreitung der formellen oder materiellen Begründetheit der Etataufnahme, oder eine Wohnsitzbeschwerde ergreifen.

Die Etatbeschwerde kann auch von der unterliegenden Gemeinde, d. h. derjenigen, die das Etatbegehren gestellt hat, aber damit nicht durchdringen konnte, gegen den Entscheid des Kreisarmeninspektors erklärt werden. Zuständig zur Beurteilung der Beschwerde ist der Regierungstatthalter, der dem verfügenden Kreisarmeninspektor vorgesetzt ist.

Eine Gemeinde, auf deren Etat eine Person aufgetragen wurde, hat unter Umständen ein Interesse daran, daß die Etataufnahme auf einen früheren Zeitpunkt zurückdatiert wird, damit ihr der Rückgriff auf die vorangehende Wohnsitzgemeinde unbenommen bleibt.

Im Etatstreit wird die letzte Wohnsitzgemeinde durch die Kenntnisgabe der Etatverhandlungen oder durch die Mitteilung, eine Etataufnahme habe stattgefunden, nicht etwa beigeladen. Es handelt sich bei ihr nicht um eine Drittperson, deren Interessen berührt werden, sondern um eine zum vornherein für den Etatstreit prädestinierte Partei, je nach dem Ausgang der Etatverhandlungen resp. einer allfälligen Anfechtung

⁸⁴ §§ 68/69 A und NG.

⁸⁵ § 105, al. 2 A und NG.

des armeninspektorialen Entscheides. In der Regel spielt sich der Etatstreit zwischen zwei Gemeinden ab. Es kann aber auch eine Beiladung einer weiteren Gemeinde vorkommen. Davon wird weiter unten noch die Rede sein. Vor allem ist an den Fall zu denken, daß eine frühere Wohnsitzgemeinde in Umgehung gesetzlicher Vorschriften eine Etataufnahme unterließ, obschon sie dazu verpflichtet gewesen wäre. Da sich hierbei möglicherweise die Rückgriffsmöglichkeiten ändern, kann der Streit deshalb in die Interessen von mehr als zwei Gemeinden greifen.

Der Entscheid des Regierungsstatthalters im Etatstreit kann an die Armendirektion, welche endgültig entscheidet, weitergezogen werden⁸⁶.

Die Wohnsitzbeschwerde behandelt § 116 A und NG. Gegen alle Verfügungen und Entscheide der Ortspolizeibehörden kann beim Regierungsstatthalter und gegen diejenigen des Statthalters beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Für das Verfahren gilt das Gemeindegesetz. Wenn die streitenden Parteien verschiedenen Amtsbezirken angehören, ist erstinstanzlich der Regierungsstatthalter, in dessen Amtsbezirk sich die beklagte Partei befindet, örtlich zuständig.

Als Wohnsitzbeschwerde i. e. S. gilt die Streitigkeit zwischen zwei oder mehreren Gemeinden über den Unterstützungswohnsitz einer Person oder einer Familie. Die Rechtsbegehren lauten hier auf Einschreibung oder Rückschreibung in das betreffende Wohnsitzregister⁸⁷.

Wie sich ein derartiges Rückschreibungs- oder Einschreibungsbegehren in der Praxis auswirkt, zeigt Thomet an einem Beispiel:

Am 15. 10. 1946 wird eine Person auf den Etat aufgenommen. Sie hat nachweisbar seit dem 1. 7. 1944 in der rückgriffnehmenden Gemeinde A gewohnt, ist aber erst auf den 1. 11. 1944 eingeschrieben worden. Die vom Regreß bedrohte Gemeinde B wird somit die Einschreibung auf den 31. 7. 1944 — 30tägige Einwohnung gemäß § 97, Zif. 2 A und NG — verlangen. Somit ist dann die zweijährige Frist für den Regreß auf die vorangehende Wohnsitzgemeinde abgelaufen. Hat die Person, die auf den Etat aufgetragen wurde, seit dem Frühjahr 1946 in der Gemeinde C gewohnt, so stellt B das entsprechende Begehren gegen diese Gemeinde. Dringt B damit durch, ist C die letzte Wohnsitzgemeinde und gegen A rückgriffsberechtigt, während B nicht belangt werden kann.

Was sowohl der Regierungsrat wie Thomet ablehnen, ist folgendes: Vorfrageweise dürfe der Wohnsitzrichter wohl Etatfragen behandeln. Es sei nun aber in Mißachtung des § 116 A und NG, der festhält, daß die Wohnsitzbeschwerde erstinstanzlich vom Regierungsstatthalter der be-

⁸⁶ § 105, al. 4 A und NG.

⁸⁷ Thomet a. a. O. S. 209.

klagten Partei beurteilt wird, vorgekommen, daß vom örtlich unzuständigen Richter eine Gemeinde beigeladen wurde, damit diese zur Ein- oder Rückschreibung der betreffenden Person verurteilt werden konnte. Die «Garantie des Wohnsitzrichters» sei dann darin erblickt worden, daß verwickelte Streitigkeiten meistens an den Regierungsrat weitergezogen würden, der als obere Instanz im Kanton selbstverständlich örtlich zuständig sei. Diese Handlungsweise verstoße aber gegen zwingende gesetzliche Vorschriften (§ 116 A und NG). Der wohl im Etatstreit zuständige Regierungstatthalter könne nicht die Rückschreibung einer Person ins Wohnsitzregister einer ihm nicht unterstehenden Gemeinde verfügen. «Gründe der Prozeßökonomie mögen die Gemeinden veranlaßt haben, sich vor dem Regierungstatthalter, vor dem sie an einem Etatstreit beteiligt waren, auch auf einen damit zusammenhängenden, gleichzeitig erhobenen Wohnsitzstreit einzulassen⁸⁸.» Eine Kassation sei nicht erfolgt, weil der Regierungsrat oberinstanzlich immer zuständig sei. Dem Wohnsitzrichter wird zugebilligt, vorfrageweise Etatfragen zu beurteilen. Dagegen darf der Etatrichter nicht Wohnsitzfragen behandeln.

Eine Verbindung von Etat- und Wohnsitzstreitigkeiten ist nach Regierungsrätlicher Auffassung erlaubt, aber nicht vorgeschrieben. Verbunden können jedoch diese Streitigkeiten nur werden, wenn der Regierungstatthalter sowohl gemäß § 105 wie § 116 zuständig sei, d. h. die Gemeinde, gegen welche sich die Wohnsitzbeschwerde richtet, im gleichen Amtsbezirk ist, in welchem die angefochtene Etatverfügung erging. Da für die beiden Verfahren verschiedene Prozeßvorschriften gelten — für Etatstreitigkeiten das VRPG, für Wohnsitzstreitigkeiten das Gemeindegesetz —, haben bei kombinierten Streitigkeiten die Vorschriften des strengeren Gesetzes Anwendung zu finden. Im Falle der Weiterziehung des Entscheides sei der Regierungsrat zuständig — bei Etatstreitigkeiten ist es die Armendirektion —, falls sich der Weiterzug nicht nur auf Etatfragen beschränke. Die Armendirektion gehöre dem Regierungsrat an, so daß diesbezüglich keine Bedenken zu hegen seien⁸⁹.

Ich kann diese Auffassung nicht teilen, d. h. möchte von Fall zu Fall unterscheiden. § 116 A und NG soll sicher unbeschränkt Geltung haben bei reinen Wohnsitzstreitigkeiten zwischen zwei Gemeinden. Hier ist der Regierungstatthalter der beklagten Gemeinde örtlich zuständig. Wie nun aber, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, daß eine Person noch in einer andern Gemeinde, für die die örtliche Zuständigkeit des urteilenden Regierungstatthalters nicht gegeben ist, Wohnsitz hatte?

⁸⁸ MBV Band 45 Nr. 84, S. 223.

⁸⁹ Thomet a. a. O. S. 161 ff.

Soll in diesem Falle das Verfahren eingestellt werden, damit die eine Partei gegen die dritte Gemeinde im andern Amtsbezirk eine Klage anbringen kann? Solches muß doch sicher aus prozeßökonomischen Gründen verneint werden. In einem solchen Falle soll die dritte Gemeinde durch Beiladung — dies ist der Zweck dieses Institutes — ins hängige Verfahren gezogen werden, wo gegen sie die diesbezüglichen Begehren gestellt werden können. Zur Begründung möchte ich einmal anführen, daß die Beiladung gerade gesetzliche Abweichungen gestattet. Ich erinnere nur an die Bestimmungen der Art. 17 und 28 VRPG. Im weitern erblicke ich in der Zuziehung einer dritten Gemeinde keine Verletzung des § 116, da die Zuständigkeit durch die *ursprünglich* beklagte Partei begründet wurde, und die beigeladene Gemeinde eine bloß nachträglich herbeigezogene Partei darstellt. Es kann hier auf das preußische Verwaltungsstreitverfahren verwiesen werden, wonach durch die Beiladung an der einmal begründeten Zuständigkeit des Gerichtes nichts geändert wird⁹⁰. Der beigeladenen Gemeinde steht es nach Gesetz frei, am Verfahren teilzunehmen oder darauf zu verzichten. Auch wenn sie nicht teilmimmt, ist aber der Entscheid für sie verbindlich. Es ist im weitern nicht recht einzusehen, weshalb die dritte Gemeinde ihre Prozeßvorkehrungen nicht ebensogut an den Regierungsstatthalter X anstatt an denjenigen des Amtes Y senden kann, da das Verfahren bekanntlich schriftlich ist und in der Regel auf die Abhaltung eines Aussöhnungsversuches verzichtet wird. Die Gefahr der Benachteiligung der beigeladenen Gemeinde, wenn nun die Streitsache von einem in Bezug auf sie örtlich unzuständigen Richter entschieden wird, ist sicher nicht gegeben. Die Furcht vor einem «Lokalpatriotismus» erscheint als absurd. Würde man in solchen Fällen die Verletzung des § 116 A und NG bejahen, so wäre oft die Möglichkeit einer Beiladung überhaupt nicht gegeben. Wenn die dritte Gemeinde nicht das nötige Vertrauen in den Entscheid des für sie «fremden» Richters hat, steht ihr noch immer der Rechtsmittelweg offen. Sie kann den Entscheid des Regierungsstatthalters an den Regierungsrat weiterziehen.

Wie verhält es sich in einem Etatstreit?

Vor seiner Praxisänderung hat der Regierungsrat erkannt, wenn in einem Etatstreit bezüglich einer Person, deren Aufnahme auf den Etat der dauernd Unterstützten streitig und gleichzeitig ein Wohnsitzstreit hängig sei oder bevorstehe, so sei die im Wohnsitzstreit beklagte Gemeinde zum Etatstreit beizuladen⁹¹.

Warum soll nun die dritte Gemeinde in diesem Verfahren nicht ihre

⁹⁰ Kunze: Verwaltungsstreitverfahren S. 55.

⁹¹ MBV Band 45 Nr. 21.

Parteirechte — gerade im Hinblick auf die Wohnsitzfragen — durch das Stellen entsprechender Begehren wahren können? Auch in solchen Fällen ist die Zuständigkeit für die ursprünglich am Verfahren beteiligten Parteien gegeben. Diese soll durch die Beiziehung der dritten Gemeinde als beigeladene Partei nicht verändert werden.

§ 105 A und NG sagt über die örtliche Zuständigkeit nichts aus. Er spricht lediglich von einem Rekurs an das Regierungsstatthalteramt. Doch gilt gemäß Praxis die Zuständigkeit des Statthalters desjenigen Amtsbezirkes, dem der entscheidende Kreisarmeninspektor angehört. Hier hat sich die Praxis nicht gescheut, das Prinzip des Wohnsitzrichters — Art. 59 BV z. B. bezieht sich nur auf den ordentlichen Richter, der privatrechtliche Ansprüche zu beurteilen hat, und nicht auf Verwaltungstreitigkeiten⁹² — zu mißachten. Die letzte Wohnsitzgemeinde kann möglicherweise sonst nicht der Gerichtsbarkeit des Regierungsstatthalters unterstehen, dem sie sich nun unterwerfen muß.

Um zu der Streitfrage zurückzukehren, möchte ich betonen, daß im Etatstreit die Zuständigkeit auch für den Beigeladenen begründet wird und für einen noch nicht hängigen, aber drohenden Wohnsitzstreit bleibt. Eine dritte Gemeinde soll demnach zwecks Ein- oder Rückschreibung in den hängigen Etatstreit beigeladen werden. Sie kann dort klagend auftreten oder — allfällig neben einer «Vorpartei» — beklagt werden und dementsprechend ihre Rechtsbegehren stellen. Im weiter vorne angeführten Beispiel verlangt die Gemeinde B gegenüber A die Rückschreibung des XY auf den 31. 7. 1944 und zugleich — wenn XY nachweisbar in der Gemeinde C gewohnt hat, ohne daß eine Einschreibung vorgenommen wurde — gegenüber C die Einschreibung der betreffenden Person. B kann unter Umständen mit ihrem Begehren gegen A nicht durchdringen, weil der XY erst im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Einschreibung — am 1. 11. 1944 — Wohnsitz erworben hat. Hier ist die Zuständigkeit des Etatrichters auch bezüglich der gegen die beigeladene Gemeinde C gestellten Begehren anzuerkennen.

Die vom Regierungsrat (und Thomet) vertretene Ansicht, wenn im Etatstreit zwischen zwei Gemeinden die Ein- oder Rückschreibung in eine der örtlichen Kompetenz eines andern Regierungsstatthalters unterliegenden Gemeinde verlangt werde, das Verfahren dort anhängig zu machen sei, kann zu Unzulänglichkeiten führen, die mit Prozeßökonomie nur noch entfernt etwas zu tun haben. Man halte sich nur einmal folgenden Fall vor Augen (solche Beispiele kommen in der Praxis vor):

Zwischen der Gemeinde A und der Gemeinde B ist im Amtsbezirk I

⁹² Göschke: Die Bernische Staatsverwaltung S. 50.

ein Etatstreit hängig. A verlangt nun dort die Einschreibung oder Rückschreibung des XY in das Register der Gemeinde C, welche der Gerichtsbarkeit des Regierungsstatthalters II unterliegt. Folglich muß A nach der Auffassung des Regierungsrates im Amtsbezirk II klagen. In diesem Wohnsitzstreit verlangt nun aber die Gemeinde C die Rückschreibung des XY in das Wohnsitzregister der Gemeinde D, weil diese letztere Gemeinde in Mißachtung zwingender Vorschriften keine Eintragung vorgenommen hatte. Wenn nun die Gemeinde D im Amtsbezirk III liegt, muß konsequenterweise dort ein weiterer Wohnsitzstreit angehoben werden. Diese drei — es können sogar noch mehr sein — Streitigkeiten ließen sich einfacher in einem einzigen Verfahren erledigen. Die Möglichkeit, einen den Verhältnissen gerecht werdenden Entscheid zu fällen, ist umso größer, wenn der erstangerufene Richter den gesamten Streitkomplex beurteilt, da dieser das ganze Streitverhältnis überblicken und das Tunliche vorgehen kann. Praktische und prozeßökonomische Gründe — ich erinnere nur an den Zweck der Beiladung: Vermeidung unnötiger Prozesse — sprechen dafür, zur ursprünglichen Praxis zurückzukehren.

Es war hier nur die Rede von Etat- und Wohnsitzstreitigkeiten, in welchen ich bejahte, daß eine Beiladung von einem an sich für den Beigeladenen örtlich unzuständigen Richter angeordnet werden kann. Diese Auffassung soll aber allgemein Geltung haben; denn durch eine Beiladung wird an der einmal begründeten örtlichen Zuständigkeit nichts geändert.

Die von mir vertretene Auffassung soll nun nicht so ausgelegt werden, daß damit jegliche mißbräuchliche Anwendung begründet werden kann. Es läßt sich denken, daß ein Kläger die Gerichtsstandsbestimmungen zu umgehen sucht, indem er pro forma eine der gleichen Gerichtsbarkeit wie er unterstehende Person oder ein Gemeinwesen ins Recht faßt und hierauf die Beiladung des Dritten — gegen den er eigentlich Ansprüche erheben will, und der einem andern Amtsbezirk angehört — verlangt. Die urteilende Behörde wird in einem solchen Falle — soweit sie einen Mißbrauch erkennt — dem Beiladungsbegehren nicht stattgeben. Vielleicht entfällt damit für sie der Streit, da der Kläger nunmehr gezwungen ist, die Klage am für den Dritten zuständigen Orte anzubringen. Zu derartigen Machenschaften, d. h. zur Unterstützung von Mißbräuchen, darf das Institut der Beiladung auch wieder nicht dienen.

10. Zusammenfassung

Eine notwendige Beiladung, wie sie im preußischen Recht für bestimmte Fälle anerkannt wird, möchte ich nicht empfehlen. Es wäre

dies sonst eine ungerechtfertigte Privilegierung bestimmter Streitfälle. Abgesehen davon ist eine ausdrückliche Festlegung von gesetzlich notwendigen Beiladungen unnötig, da eine Beiladung immer dann «notwendig» ist, wenn feststeht oder zu erwarten ist, daß durch den zu fällenden Entscheid Drittinteressen mittel- oder unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen werden. In solchen Fällen *muß* die urteilende Behörde die Beiladung verfügen. Die Bestimmung «kann» in Art. 25 VRPG bedeutet lediglich, daß das Verfahren nicht eo ipso nichtig ist, wenn eine berechnigte Beiladung unterlassen wurde. Die Beiladung braucht nicht förmlich — d. h. durch eine Verfügung — zu erfolgen, doch ist dies jedenfalls empfehlenswert, ebenso wie das Stellen eines *begründeten* Antrages auf Beiladung von Seiten einer Partei oder des Dritten. Dagegen muß eine Abweisung des Antrages durch förmlichen Entscheid geschehen, damit der Abgewiesene die Prozeßbeschwerde im Sinne des Art. 45 VRPG erheben kann. Eine Beiladung kann jederzeit, sowohl in erster wie in zweiter Instanz, nachgeholt werden.

Der Beigeladene wird Partei, mit allen Rechten und Pflichten einer solchen, gleichgültig, ob er am Verfahren teilnimmt oder darauf verzichtet. Ein Kostenrisiko geht er nur im Falle der Teilnahme ein. Als «Teilnahme» ist jedes sich-in-den-Streit-Einlassen des Beigeladenen oder die Tatsache, daß er verurteilt wird, anzusehen. In diesem Sinne ist diese Bestimmung zu interpretieren. Der Entscheid ist für den Beigeladenen auch dann verbindlich, wenn er sich im Verfahren passiv verhalten hat.

Der Beigeladene wird also materielle Partei. Die neueren Verwaltungsprozeßgesetze — deutsche und schweizerische — tendieren auf eine materielle Parteistellung hin.

Die materielle Parteistellung des Beigeladenen bedingt, daß er gegen einen Entscheid Rechtsmittel ergreifen kann, auch wenn er sich vorher am Verfahren passiv verhalten hat. Beteiligt er sich erst im oberinstanzlichen Verfahren, so kann dies für ihn Folgen bezüglich der Berücksichtigung der Nova im Sinne des Art. 34 VRPG zeitigen. Wenn die oberinstanzliche Behörde auf die Begehren des Beigeladenen eintritt, so soll sie diesem Umstand allfällig bei der Kostenliquidation Rechnung tragen, falls der erstinstanzliche Entscheid im Falle eines Aktivseins des Beigeladenen anders ausgefallen wäre, und die Einlegung eines Rechtsmittels damit möglicherweise hätte vermieden werden können. Falsch ist es hingegen, dem erst in oberer Instanz Beigeladenen regelmäßig sämtliche Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn er unterliegt. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens müssen diesfalls anders liquidiert werden, da der Beigeladene dort noch nicht teilgenommen hat, es sei denn, das ganze

Verfahren wäre durch ein richtiges Verhalten des Beigeladenen gar nicht erfolgt (MBV Band 35 Nr. 230).

Durch die Beiladung wird die einmal begründete Zuständigkeit nicht verändert. Eine solche kann auch der an sich örtlich unzuständige Richter verfügen.

Mit der Anwendung dieses Institutes soll nicht zu zaghaft vorgegangen werden, da eine unnütze Beiladung niemanden in seinen Rechten verletzt. Im Zweifel ist die Beiladung zu verfügen.

IV. Kapitel:

Die Beiladung im Bündner und Basler Verwaltungsrecht sowie in Bundesgesetzen

1. Allgemeines

Neben dem Bündner und dem Basler Recht kennen verschiedene Bundesgesetze das Institut der Beiladung. Dort, wo wir von einer echten Beiladung im Sinne des Verwaltungsstreitverfahrens sprechen können, zeigen sich gegenüber dem bernischen Verwaltungsrechtspflegegesetz teilweise Abweichungen. Zum Teil sind die Bestimmungen präziser und geben nicht zu Mehrdeutigkeiten Anlaß. Es sei hier wiederholt und darauf verwiesen, daß es sich dann um materielle Parteien handelt, wenn die gesetzliche Bestimmung von «Partei» spricht, was ebenfalls der deutschen Auffassung entspricht (Mohrmann, Schultzenstein). In den im folgenden angeführten Bundesgesetzen haben wir es u. a. mit einer unechten Beiladung — es werden z. B. nicht *Dritt*interessen berührt — zu tun. Eine Behörde kann in einem Verfahren eingeladen werden, sich schriftlich zu äußern, ohne daß sie dabei irgendwelche Risiken in prozessualer Hinsicht, namentlich bezüglich der Kosten, eingeht.

2. Das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat im Kanton Graubünden

Wie das bernische Verwaltungsrechtspflegegesetz so ordnet auch das bündnerische unter der Ueberschrift «II Parteien» in Art. 6 die Legitimation zum befristeten Rekurs und in Art. 7 die Beiladung¹. Die Bestimmungen über den Rekurs gelten nach Art. 44 auch für die verfassungs-

¹ VO über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat vom 1. Dezember 1942.

rechtliche Beschwerde (unbefristeter Rekurs), mit Abweichungen für die Verwaltungsbeschwerde gemäß Art. 56 und ebenfalls für die Verwaltungsklage², mit andern Worten, ist die Beiladung auch in diesen Verfahren möglich.

Art. 7 der Verordnung lautet:

«Durch die Rekursbehörde oder durch das antragstellende Departement sollen Drittpersonen, deren individuelle Rechte oder rechtlich anerkannte Interessen durch den zu fällenden Entscheid unmittelbar betroffen werden, auf Antrag oder von Amtes wegen zur Teilnahme am Verfahren beigeladen werden.

Durch die Beiladung wird der Rekursentscheid auch für sie verbindlich, gleichgültig, ob sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht.

Nehmen sie am Verfahren teil, so haben sie auch hinsichtlich der Kostentragung Parteistellung.»

Auf Antrag oder von Amtes wegen verfügen die Rekursbehörde oder das antragstellende Departement eine Beiladung von Drittpersonen, und zwar nicht unter der Voraussetzung, «wenn die Interessen durch die zu fällende Entscheidung berührt werden», wie dies in Art. 25 VRPG umschrieben wird. Art. 7 der Verordnung ist präziser. Individuelle Rechte oder rechtlich anerkannte Interessen von Drittpersonen müssen durch den Entscheid unmittelbar betroffen werden. (Das bernische Verwaltungsrechtspflegegesetz gestattet auslegungsgemäß eine Beiladung, auch wenn die Interessenberührung nur eine mittelbare ist.) Die Verordnung verlangt diese Voraussetzungen nicht nur für die Beiladung, sondern auch in Bezug auf die Legitimation zum Rekurs. Nur wer in seinen individuellen Rechten oder rechtlich anerkannten Interessen unmittelbar betroffen wird, kann einen Rekurs erheben³.

Der Wortlaut des Art. 7 der VO beseitigt zum vornherein jegliche Zweifel daran, daß irgendein Interesse für die Vornahme einer Beiladung genügen kann. Rechtlich anerkannte Interessen müssen in Mitleidenschaft gezogen werden, was nicht bedeutet, daß diese Interessen in concreto anerkannt sein müssen, d. h. von der oder den Parteien nicht bestritten werden. Es würde ja in diesem Falle die Beiladung vom Ermessen der Parteien oder von ihrer Stellungnahme abhängen. Diese Bestimmung besagt vielmehr, daß die Interessen allgemein Rechtsschutz genießen müssen. Der zu fällende Entscheid kann nicht nur rechtlich anerkannte Interessen, sondern sogar individuelle — subjektive — Rechte berühren. Aus praktischen und technischen Gründen muß auf eine Beiladung verzichtet

² Art. 67 VO.

³ Art. 6 der VO.

werden, wenn der angefochtene Akt für oder gegen alle wirkt. Es genügt hier, wenn einer die Interessen aller vertritt. Siegt er ob, so wirkt der Entscheid eo ipso für alle.

Die Beiladung wird im Bündner Recht nicht ins freie Ermessen der Behörden gestellt, wie das der Bernische Regierungsrat irrtümlicherweise aus dem Wort «kann» in Art. 25 des VRPG glaubt herauslesen zu können. Im Gegenteil sind die Rekursbehörde und schon das antragstellende und den Rekurs instruierende Departement beim Vorliegen der gesetzlich verlangten Voraussetzungen — individuelle Rechte oder rechtlich anerkannte Interessen werden durch den zu fällenden Entscheid unmittelbar betroffen — verpflichtet, eine Beiladung anzuordnen. Wenn beispielsweise gegen eine Bürgergemeinde ein Rekurs eingereicht wird, dessen Entscheidung in Rechte oder rechtlich geschützte Interessen der Gemeinde eingreift, so soll diese beigeladen werden. Art. 7 macht der Rekursbehörde unter bestimmter Voraussetzung die Beiladung zur Pflicht⁴. Das «sollen ... beigeladen werden», das kategorischer als im bernischen Rechte das «kann ... beiladen» lautet, ist deshalb aufgenommen worden, damit bei Unterlassung der Beiladung nicht kassiert werden muß. Eine solche Konsequenz äußerte die Bestimmung, wenn von einem «müssen» gesprochen würde. Liegen nun die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so ist es nicht mehr eine Sache des freien Ermessens der Behörde, eine Beiladung zu verfügen, oder sie zu verweigern. Nach freiem Ermessen kann sie lediglich prüfen, ob die Rechte oder rechtlich anerkannten Interessen Dritter unmittelbar betroffen werden. In den Auswirkungen kommt das «soll» einem «muß» gleich. Durch diesen Wortlaut sollte — wie gesagt — nur die logische Folge (Kassation des Verfahrens) vermieden werden, wenn eine an sich berechnigte Beiladung unterlassen wurde.

Damit der Rekursentscheid auch für den Beigeladenen seine Wirkungen zeitigt — vorausgesetzt, daß er nicht für oder gegen alle wirkt —, soll die Drittperson ins Verfahren gezogen werden. Wird sie beigeladen, so ist der Entscheid für sie verbindlich, ungeachtet dessen, ob sie am Verfahren teilgenommen hat oder nicht.

Der Entscheid über eine Beiladung ist eine prozeßleitende Verfügung, die nach Art. 22 der Verordnung *nicht* zum Gegenstand einer selbständigen Beschwerde an den Kleinen Rat gemacht werden kann. Zu einer allfälligen Beschwerde wegen nicht verfügbarer Beiladung durch das antragstellende Departement nimmt dieses in seinem Antrag zum Rekursentscheid Stellung. Es ist dann an der Rekursbehörde, darüber zu befinden.

⁴ Einführung zur Verordnung, S. 16.

Die Rekursbehörde kann von sich aus noch immer eine Beiladung verfügen. In einem solchen Falle kann sich die Rückweisung des Antrages an das Departement zur Ergänzung des Beweisverfahrens, insbesondere zur Durchführung des Schriftenwechsels, aufdrängen⁵.

Die Bündner Verordnung erachtet den Beigeladenen als Partei, welche Auffassung zu begrüßen ist. Aus Art. 7, al. 3 geht hervor, daß der am Verfahren teilnehmende Beigeladene *auch* hinsichtlich der Kostentragung Parteistellung hat. Im Falle des Unterliegens muß er damit rechnen, daß ihm die Kosten auferlegt werden, wenn nicht aus Billigkeitserwägungen eine Reduktion erfolgt oder wegen öffentlichen Interessen an der Rekursführung eine Uebernahme durch die Standeskasse eintritt. Allfällig muß der unterliegende Beigeladene der obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung für Auslagen und Bemühungen entrichten⁶.

Im weitern stehen den beigeladenen Personen bei der Instruktion des Rekurses durch das antragstellende Departement — soweit sie sich am Verfahren beteiligen — die gleichen Rechte zur Teilnahme am Schriftenwechsel zu wie den Hauptparteien⁷.

Dem Beigeladenen werden somit nach Bündner Recht alle Rechte und Pflichten der Vorparteien zugestanden.

3. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Basel-Stadt

Im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 wird unter II «Parteien» in den §§ 13—15 ebenfalls von einer Beiladung gesprochen⁸.

Zum Rekurse ist berechtigt, wer von der anzufechtenden Verfügung persönlich betroffen wird (§ 13). Von Amtes wegen oder auf seinen Antrag kann beigeladen werden, wer am Entscheide über den Rekurs unmittelbar beteiligt ist (§ 14, al. 1). Derjenige, der beigeladen zu werden wünscht, muß den diesbezüglichen Antrag stellen, wenn nicht von Amtes wegen seine Beiladung erfolgt. Unter gewissen Voraussetzungen muß eine Beiladung erfolgen, nämlich dann, wenn der Rekurs nur von einer Seite erhoben wird, und wenn es sich bei den strittigen Rechten und Pflichten um gegenseitige öffentliche von Privaten (§ 14, lit. b) oder von Privaten gegenüber einer Gemeinde oder einer andern öffentlichrechtlichen Körperschaft (§ 14, lit. a) handelt. Weiter ist die von der angefochtenen

⁵ Art. 27 VO.

⁶ Art. 33 ff. VO.

⁷ Art. 19 VO.

⁸ Basel-Stadt: Sammlung der Gesetze, Band 34 (Neue Folge Band 27) S. 290 ff.

Verfügung betroffene Person beizuladen, wenn der Regierungsrat die Verfügung einer Departementskommission anfight (§ 14, letztes Al.).

Wir sehen, daß unter den zuletztgenannten Voraussetzungen eine Beiladung erfolgen muß, d. h. es liegen hier qualifizierte Fälle für eine Beiladung vor. Wie schon weiter vorne ausgeführt wurde, bedeutet das «kann» nur, daß beim Unterlassen einer Beiladung kein nichtiges Verfahren vorliegt, während bei den oben angeführten qualifizierten Fällen — wenn die Beiladung unterlassen wird — das Verfahren als nichtig anzusehen ist. Auch im Basler Recht liegt es durchaus nicht im freien Ermessen der Behörde, ob sie beim Vorliegen der Voraussetzungen einer Beiladung eine solche anordnen will oder nicht. Das Basler Gesetz geht insofern einen Schritt weiter, als es der Behörde eine Beiladung in gesetzlich normierten und bestimmten Fällen zur absoluten Pflicht macht, eine sog. notwendige Beiladung schafft⁹. Eine gleiche Pflicht trifft die Behörde nach § 33 bei Versorgungssachen. Dort sind Parteien und somit zum Rekurs berechtigt die zu versorgende oder versorgte Person, deren Angehörige, die Vormünder, die Vormundschaftsbehörden, sofern sie nicht als befangen gelten müssen — befangen sind sie, wenn sie den erstinstanzlichen Entscheid erlassen haben — und die Behörden der Heimat, denen die Sorge für die betreffende Person obliegt. Die Personen nun, die den Antrag auf Versorgung gestellt haben, sind beizuladen. Die Pflicht zur Beiladung ist hier jedoch nicht so kategorisch, trifft sie die Behörde nur, wenn einer Beiladung «nicht erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen». Der Vormund der versorgten oder zu versorgenden Person *ist* hingegen *in jedem Falle beizuladen*. Für weitere Beiladungen gelten die allgemeinen Vorschriften, also die §§ 14/15¹⁰.

Im § 34 kann von einem freien Ermessen der Behörden in Bezug auf die Prüfung der Frage, ob «erhebliche Schwierigkeiten» vorliegen, gesprochen werden. Die urteilende Behörde hat diese eingehend und gewissenhaft zu prüfen, handelt es sich doch bei diesen Versorgungen eines Familienangehörigen um solche in eine Irren-, Zwangsarbeits-, Besserungs- und Trinkerheilanstalt, also um einschneidende Maßnahmen, welche ohne weiteres rechtfertigen, daß der Antragsteller die Gründe dem Richter vorbringen muß. Eine zu große Rücksichtnahme auf die Personen, die einen Versorgungsantrag gestellt haben — sofern es sich um Privatpersonen handelt — scheint mir nicht am Platze zu sein.

Der Präsident des Verwaltungsgerichtes (Appellationsgerichtes) ist als Instruktionsrichter tätig. Nach Einlangen eines formrichtigen Rekurses

⁹ Vgl. III. Kapitel Ziff. 10.

¹⁰ § 34 des Gesetzes.

gibt er davon der Behörde, deren Verfügung angefochten wurde, sowie den in § 14, Absatz 2 genannten Beteiligten Kenntnis. Die Anzeige gilt in diesen Fällen als Beiladung. Gegen die Abweisung eines Antrages auf Beiladung kann der Antragsteller binnen drei Tagen an das Verwaltungsgericht rekurrieren (§ 23).

Der Beigeladene genießt die gleichen Rechte, und es treffen ihn die gleichen Pflichten, wie die übrigen Parteien. Es ist ihm Gelegenheit zu geben, zu den Anträgen der übrigen Parteien in einer Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Ungeachtet des Umstandes, ob der Beigeladene am Verfahren teilnimmt oder nicht, wird der Rekursentscheid für oder gegen ihn rechtskräftig¹¹. Ihm steht auch das Recht zu, falls er keine Replik oder Duplik einreichte, an der angeordneten Parteiverhandlung seine Sache mündlich zu erörtern. Wurde das persönliche Erscheinen vom Gericht verfügt, und ist der Beigeladene ausgeblieben, so droht ihm die Vorführung¹².

Soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die den Parteien die Beweislast auferlegen, gilt das Prinzip der amtlichen Erforschung der materiellen Wahrheit. Das Gericht darf jedoch — wenn es keine Zweifel hegt — vom Rekurrenten oder den Beigeladenen nicht bestrittene, z. B. in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich festgestellte Tatsachen, laut § 18 als erwiesen erachten.

In der Regel werden weder Gerichtsgebühren erhoben, noch Parteientschädigungen gesprochen. Je nach der Natur oder dem Umfang der Streitsache oder nach der Art der Prozeßführung — zu denken ist hier z. B. an eine mutwillige oder trölerische — kann das Gericht auch dem Beigeladenen gleich wie dem Rekurrenten eine Gerichtsgebühr bis zum Betrage von Fr. 500.— auferlegen oder ihn unter den nämlichen Voraussetzungen im Falle des Unterliegens ausnahmsweise zur Bezahlung eines Beitrages an die Parteikosten der andern Parteien verurteilen.

Den Beigeladenen trifft demnach das gleiche Kostenrisiko wie die andern Parteien, da sich seine Stellung von derjenigen der Vorparteien grundsätzlich nicht unterscheidet.

4. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege

Art. 103, al. 2 OG — es handelt sich hierbei um den Art. 9, al. 2 VDG, der unverändert ins neue Gesetz aufgenommen wurde — ermächtigt den Bundesrat, gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu erheben. Der Bundesrat kann anordnen,

¹¹ § 15 des Gesetzes.

¹² §§ 26/27 des Gesetzes.

daß ihm derartige Entscheide sofort nach ihrem Erlaß von den Kantonen unentgeltlich mitgeteilt werden.

In einem Kreisschreiben¹³ hat der Bundesrat dieses Recht delegiert und zwar in Bezug auf Militärpflichtersatz, Kriegssteuer und Zif. VIII des Anhangs (im neuen OG nicht mehr enthalten) an die Eidgenössische Steuerverwaltung, bezüglich der übrigen Entscheide an das Departement, dessen Geschäftskreis der Entscheid betrifft. An die gleichen Stellen wird auch das Recht delegiert, gemäß Art. 14, al. 2 VDG — nunmehr Art. 108, al. 2 OG — zu Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen kantonale Entscheide eine Vernehmlassung einzureichen. Art. 108 OG sieht eine sog. Beiladung vor: Sofern sich eine Beschwerde nicht sofort als unzulässig oder unbegründet entpuppt, ist sie dem Bundesrate zur Vernehmlassung mitzuteilen.

Eine Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung ist noch deutlicher. Sie spricht u. a. davon, daß die Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid in drei Doppeln eingereicht werden müsse. Diese Doppel sollen folgende Verwendung finden: 1 Doppel geht an das Bundesgericht resp. an den Instruktionsrichter, «die beiden andern Doppel sind dazu bestimmt, den Stellen (beschwerdebeklagte Behörde und Beigeladener) übermittelt zu werden, die sich zur Beschwerde zu äußern haben.» Der Bundesrat soll deshalb als Beigeladener zu Worte kommen, weil er als Aufsichtsbehörde Gelegenheit erhalten muß, im Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen¹⁴.

Frühere Entwürfe — so der IV. Entwurf Fleiners — enthielten Bestimmungen über die Beiladung dritter Personen, die am Ausgange eines hängigen Verwaltungsstreites ein unmittelbares Interesse haben. Diese Bestimmungen wurden dann aber weder in das VDG, noch später ins OG aufgenommen, weil das Bundesgericht mitgeteilt habe, beim staatsrechtlichen Rekurs werde die Praxis verfolgt, trotz Fehlen irgendwelcher gesetzlicher Bestimmungen gelegentlich eine Beiladung Dritter, z. B. bei Doppelbesteuerungssachen, vorzunehmen. Das Bundesgericht werde dies auch bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in den seltenen Fällen, wo dies angezeigt sei, tun¹⁵. Der Beigeladene wird dann Partei¹⁶.

Die erste Art der Beiladung — Beiladung des Bundesrates durch Zu-

¹³ Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen betreffend kantonale Entscheide, die durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können vom 12. 2. 1929, BB Nr. 7 Seiten 185/186.

¹⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 27. 3. 1925 BB von 1925 S. 231/232.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates vom 27. 3. 1925.

¹⁶ Kirchhofer a. a. O. S. 30.

stellung des Entscheides und daherige Einladung zur Vernehmlassung — ist prozessual nicht als eine reine Beiladung anzusehen, da es sich beim Bundesrat nicht um einen Dritten, sondern zum vornherein um eine «Partei» handelt. (Es soll hier nicht mehr auf die Streitfrage eingetreten werden, ob eine Behörde im Verwaltungsstreit als Partei anzusehen ist oder nicht.) Der Bundesrat resp. das diesbezügliche Departement, an welches das Recht delegiert wurde, kann ja gemäß Art. 103 OG gegen einen Entscheid der letzten kant. Instanz die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Es steht nicht im freien Ermessen der urteilenden Behörde, hier des Bundesgerichts, ob sie den Bundesrat beiladen will oder nicht. Das Gericht ist vielmehr gesetzlich — und zwar *expressis verbis* — verpflichtet, dem Bundesrat ein Beschwerdedoppel zukommen zu lassen, damit dieser allfällig in einer Vernehmlassung dazu Stellung beziehen kann. Die Beiladung *muß* laut dieser gesetzlichen Vorschrift immer erfolgen. Gleichgültig, ob der Bundesrat eine Vernehmlassung einreicht oder nicht, ist ihm dennoch in allen Fällen ein Urteilsdoppel zuzustellen (Art. 108, al. 3 OG).

In den andern Fällen ist es nun aber reine Ermessenssache des Gerichtes, eine Beiladung zu verfügen oder darauf zu verzichten. Dem Dritten, der am Entscheid ein Interesse haben mag, steht kein Beschwerde-recht zu, wenn er nicht beigeladen wird, da gesetzliche Bestimmungen, die die urteilende Behörde zu einer Beiladung verpflichten würden, fehlen.

Nach der Praxis ist es somit möglich, daß eine Beiladung erst vor Bundesgericht erfolgt, während dagegen Art. 53, al. 2 OG bestimmt, daß die Streitverkündung und Nebenintervention vor Bundesgericht nicht mehr zulässig seien (bezüglich Berufung). Wir sehen hier wieder einmal mehr, daß die Beiladung eine stärkere Stellung verleiht als Intervention und Streitverkündung. Sie ist vom prozessualen Standpunkt aus betrachtet ein wichtigeres Institut. Es kann deshalb nicht verwundern, daß der Beigeladene im Verfahren eine ganz andere Stellung einnehmen muß — er wird Partei — als der Intervenient. Ersterer wird auf behördliche Veranlassung resp. durch die urteilende Behörde ins Verfahren gerufen, während letzterer — ohne Dazutun der Behörde, und ohne daß sie die Berechtigung des Eintrittes näher prüft — spontan einem schwebenden Streite beitrifft.

5. Das neue Gesetz über den Bundeszivilprozeß

Der neue BZP¹⁷ regelt in Art. 24 die objektive und subjektive Klagenhäufung. Absatz 2, a lautet:

¹⁷ BG über den Bundeszivilprozeß vom 4. Dezember 1947. AS Band 1948.

«Mehrere Personen können in derselben Klage als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden,

a) wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus dem gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind. Der Richter kann einen Dritten, der in der Rechtsgemeinschaft steht, zum Streite beiladen. Der Beigeladene wird Partei;»

Dieser «Dritte» ist aber nicht als Außenstehender, als jemand, dessen Rechte oder rechtlich geschützten Interessen durch die Entscheidung des zwischen den Parteien hängigen Verfahrens berührt werden, zu betrachten. Wenn er nämlich in Rechtsgemeinschaft steht, so ist er meiner Ansicht nach zum vornherein Partei. Er könnte ja selber klagen und wird somit nicht erst durch die Beiladung Partei, es sei denn, man unterscheide zwischen Partei, die aktiv oder passiv am Verfahren teilnimmt, und einer solchen, die teilnehmen könnte und erst durch ihre Mitwirkung zur *Partei im hängigen Verfahren* wird. Die Beiladung bewirkt hier lediglich, daß den Beigeladenen die Kostenpflicht nur trifft, wenn er einer Beiladung Folge leistet. Die Entscheidung hat für ihn Geltung, auch wenn er auf eine Teilnahme am Verfahren verzichtet. In diesem Sinne unterscheidet sich diese Beiladung von der eigentlichen dadurch, daß hier eine nicht tätige Partei («Dritter») zur tätigen, d. h. im betreffenden Verfahren handelnden, wird, während bei der echten Beiladung ein Dritter, dessen rechtliche Interessen oder Rechte durch den Entscheid berührt werden, erst durch die Beiladung *Partei wird*.

In der Botschaft des Bundesrates wird zu Art. 24 u. a. gesagt, der Entwurf lasse die Streitgenossenschaft als Parteibegriff fallen, ein Vorzug, der bewirke, daß mehrere als Beklagte Belangte nicht zu gemeinsamem Handeln im Prozesse verhalten seien. Eine solche Nötigung zu gemeinsamer Prozeßführung lasse sich nicht einmal bei der notwendigen Streitgenossenschaft rechtfertigen. Man dachte dabei hauptsächlich an den Fall, wo Miterben im Streite leben, was einer gemeinsamen Prozeßführung abträglich ist. Durch die Stellung eines Bevollmächtigten, der für alle handelt, können sie eine einheitliche Prozeßführung bewirken. Im alten BZP sei der unbefriedigenden Lösung — Abweisung der Klage mangels Aktivlegitimation — dadurch begegnet worden, daß ein nachträglicher Eintritt oder Einbeziehung von Streitgenossen gestattet wurde. Die nun vorgesehene Beiladung sei wirksamer. Der Richter, in dessen Ermessen sie stehe, solle aber von dieser gegenüber dem ablehnenden Gemeinschafter auf der Klägerseite nur zurückhaltend Gebrauch machen. Er soll dann aber beiladen, «wenn das Beiseitestehen des widerspenstigen Gemein-

schafters den wohlverstandenen Interessen der Gemeinschaft widerspricht¹⁸.»

Wie schon gesagt, handelt es sich auch hier nicht um eine echte Beiladung, weil der Beigeladene eine Beiladung nicht abwarten muß, um am Verfahren als Partei teilnehmen zu können. Erachtet der Richter seine Teilnahme als angezeigt, so ladet er ihn bei. Dies wird durch Mitteilung der Klage von Seiten des Gerichtes oder durch formelle Verfügung vor sich gehen können. Dem Beigeladenen steht es frei, am Verfahren teilzunehmen. Ein Zwang ist gegen ihn nicht möglich. Der Entscheid hat aber für ihn jedenfalls Geltung. Die Möglichkeit, seine Rechte zu wahren, war ihm ja geboten worden.

6. Der Wehrsteuerbeschuß

Im Einspracheverfahren dieses Beschlusses¹⁹ spricht Art. 103 von der Beiladung. Hierbei handelt es sich nicht um eine allgemeine, sondern um eine nur in bestimmten Fällen gegebene Beiladung. Die Bestimmung lautet:

«Erhebt ein Erbe gegen eine noch nicht rechtskräftig gewordene Veranlagung des Erblassers Einsprache, so sind die übrigen Erben, soweit sie in der Schweiz einen bekannten Wohnsitz haben, davon zu benachrichtigen. Es ist ihnen eine Frist anzusetzen, innerhalb welcher sie sich darüber auszusprechen haben, ob sie sich am Einspracheverfahren beteiligen wollen. Der Einspracheentscheid gilt in jedem Falle für alle Erben.»

Die Vorschrift der Beiladung der übrigen Erben ist kategorisch gehalten. Lediglich bei unbekanntem Wohnsitz des Erben wird die Veranlagungsbehörde — bei der die Einsprache zuhanden der kant. Rekurskommission einzureichen ist — oder allfällig die kantonale Rekurskommission von dieser Mitteilungspflicht entbunden. Die den Erben gesetzte Frist ist als Ordnungs- und nicht als Verwirkungsfrist anzusehen, d. h. der sich verspätet beteiligende Erbe muß angehört werden, sofern der Entscheid nicht bereits ergangen ist. Da der Entscheid in jedem Falle für ihn gilt, und er Partei ist — auch wenn er der Beiladung nicht Folge leistet —, steht ihm die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegen den Entscheid der kantonalen Rekurskommission zu.

Auch hier haben wir es nicht mit Drittinteressen, d. h. nicht mit einer echten Beiladung, zu tun.

¹⁸ Botschaft vom 14. März 1947 S. 20/21.

¹⁹ Bundesratsbeschluß über die Erhebung der Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940, Eidg. Gesetzessammlung Bd. 56 Nr. 58 S. 1947 f.

